

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

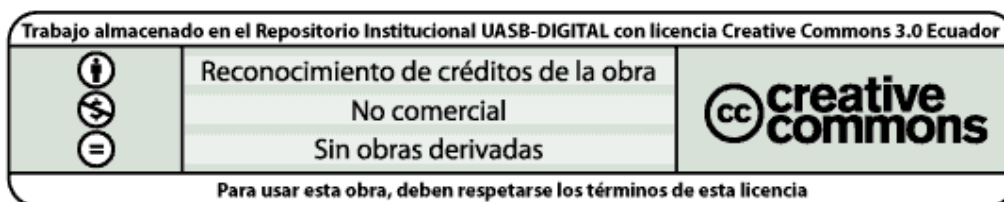
Mención en Derecho Administrativo

**Análisis jurídico-administrativo de la comunicación en
calidad de servicio público**

Autor: Manuel Francisco Ávalos Coloma

Tutor: Marco Navas Alvear

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Manuel Francisco Ávalos Coloma, autor de la tesis “Análisis jurídico-administrativo de la comunicación en calidad de servicio público, “mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 10 de diciembre de 2015.

Firma:

Resumen

Mirar a la comunicación como un derecho humano fundamental, mas no como un servicio público.

Se ha pretendido evidenciar, que el acto de comunicar, jamás podrá ser entendido como una prestación pública, puesto que para interrelacionarnos, no necesitamos de intermediarios. Los medios de comunicación, no constituyen un basamento esencial de lo que se debe o no transmitir e intercambiar, a manera de vínculos relacionales, puesto que son infinitas las maneras y las manifestaciones de hacerlo; no solamente orales o escritas, sino también: representativas y hasta simbólicas, por así decirlo. Por tanto pretender categorizar a la comunicación como un servicio público, cuando la Carta constitucional nada señala, es porfiar contra expresas razones doctrinarias del derecho administrativo, que ponen de relieve una antítesis, a tan desafortunada propuesta y enmienda de los asambleístas, del mismo modo que su afianzamiento jurisprudencial-constitucional, mediante fallo emitido por la Corte Constitucional, subordinando lo constitucional a lo infra constitucional.

Se ha recurrido a averiguaciones bibliográficas de preclaros estudiosos del derecho administrativo, como también de eminentes maestros constitucionalistas; así como se ha recabado también, opiniones jurídicas en debates radiales y televisivos, en coloquios y seminarios, acerca de la temática de los *derechos a la comunicación*; y desde luego, ha prevalecido el argumento motivado de asociar a la comunicación como un derecho, y no como una prestación pública.

El proceso de investigación, ha dejado en evidencia, que el fallo de la Corte, ha sido emitido, perdiéndose a través estériles argumentaciones y en inapropiadas analogías, que han dejado en el aire, los preceptos constitucionales relativos a la conceptualización de la actividad de la comunicación.

Palabras clave: Derechos; deliberativos; interés; público; libertad; participación;

Dedicatoria.

A mis padres: Marlene y Marco, que siempre me infundieron esperanza, alegría, y mucha fe en el Ser Supremo y misericordioso, para llevar a efecto, esta ardua y austera tarea, de estudio y dedicación.

Agradecimientos.

A las Autoridades de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, al Rector saliente, Doctor Enrique Ayala Mora, y al doctor César Montaña, actual Rector y a los miembros del Consejo Universitario; por su gran predisposición de servicio y amistad hacia sus estudiantes, y por la oportunidad brindada, para hacer posible la consecución de este preciado anhelo académico.

Un agradecimiento sincero, a mi tutor de Tesis, el doctor Marco Navas Alvear, quien con sus valiosos conocimientos en la materia, permitió que avizore el conjunto de los derechos a la comunicación, como una gran estructura dimensional.

Un agradecimiento especial, a la Coordinadora del Programa de Maestría en Derecho Administrativo, doctora Eddy de la Guerra, quien con sus afables palabras y su risueño semblante, me animó a alcanzar un sueño, que se tornaba lejano.

Un agradecimiento fraterno, al doctor Paúl Córdova Vinuesa, un distinguido jurista y académico, compañero y amigo entrañable, quien supo orientarme y darme apoyo permanentemente, al proporcionarme lecturas doctrinarias relevantes, como nutriéndome de su prestigioso pensamiento jurídico.

Tabla de contenido

Análisis jurídico-administrativo de la comunicación en calidad de servicio público

Introducción:.....8

Capítulo Uno

Teoría de los Derechos a la comunicación.....11

1.1. Aproximación teórica a los derechos a la comunicación, información y los derechos culturales, como formas de ejercicio de la participación ciudadana...11

1.2. La libertad de expresión y opinión como derechos y garantías constitucionales.....26

1.3. El rol de los medios de comunicación: públicos, privados y comunitarios, en la democratización de la comunicación.....37

Capítulo dos

El ejercicio del derecho a la comunicación, con relación al servicio público, en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento..... 46

2.1 Análisis constitucional relativo al derecho a la Comunicación.....46

2.2 Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de la Comunicación, en lo concerniente a la comunicación como servicio público.....59

Capítulo tres

Argumentaciones jurídicas sobre la improcedencia del derecho a la comunicación como servicio público..... 69

3.1 Fundamentos problemáticos del derecho a la comunicación como servicio público.....69

3.2 Justificaciones doctrinarias que niegan a la comunicación como servicio público.....80

3.3 Conclusiones.....	90
Bibliografia.....	94

Introducción.

Los derechos a la comunicación tienen en este adeudo investigativo, un espacio de observación e inquietud personal, de fácil aprehensión, dentro de una temática, que hasta hace poco tiempo había tenido escasa propuesta y comprensión, debido al prejuicio de que la opinión la hacen las organizaciones mediáticas de comunicación e información, dándose por supuesto entendido, que los derechos a la comunicación, eran de su dominio y conservación

Esta concepción distorsionada, tomó un sentido distinto, una vez que halló consecuencia y miramiento, en la siempre cambiante trayectoria del peregrinaje jurídico contemporáneo.

El desarrollo de sus postulados y principios ha alcanzado notoriedad, a partir de los esfuerzos esbozados constitucionalmente en la nueva Carta Suprema de la República del 2008, que se ha convertido en el punto de partida referencial, en materia de derechos, garantías y libertades para la aproximación a un conjunto temático y articulado de derechos fundamentales, con caracteres distantes en apariencia, pero muy relacionados entre sí, debido a su complementariedad y correspondencia, como a sus principios declarativos y por la progresión de sus contenidos; particularidad que invita a recrear su tratamiento cognoscitivo, desde la orilla del derecho y la razón, en la medida que su estudio se ha tornado inagotable, por su preclara naturaleza y la sustantividad de sus proclamas.

La aparición legislativa de la inédita Ley Orgánica de Comunicación, que ha configurado una renovada manera de entender a la comunicación, con una caracterización doble, como derecho y como servicio público, y con la inusitada apuesta de consolidación bidireccional del fallo constitucional de la indicada ley, por parte de Corte Constitucional, a más de las pretendidas enmiendas a la Ley de la República por parte de los Asambleístas, activó el debate académico y social, debido a las fragilidades sustentadoras, con que dicha sentencia fue motivada, generando con ello divergencias y contrapuntos poco conciliables.

En el contexto de la problemática planteada, durante el itinerario de la investigación, se revelarán los razonamientos administrativos como normativo-

constitucionales, que han llevado a las instituciones estatales, a asociar a la comunicación como una prestación pública y en correspondencia con ello, se procurará idear a los derechos a la comunicación, en la perspectiva del desenvolvimiento democrático de su ejercicio y su sentido de pertenencia a lo público.

Dentro del abordaje de la reseña teórica de este estudio, se ha programado segmentarlo en tres capítulos, sistematizados de la siguiente manera:

Un capítulo primero que exhibe y desarrolla una reseña a lo que vendría a constituir, una aproximación teórica de los derechos a la comunicación; para enfilar en lo relativo a la importancia que la comunicación como derecho representa, lo que ésta integra y vertebra, junto con otros derechos, tales como la información o los derechos culturales, de gran apogeo y connotación en la esfera de lo constitucional y de los derechos de participación, siempre presentes en el nuevo constitucionalismo y de proyección proactiva en el ordenamiento jurídico estatal.

Se creyó apropiado también, poner de relieve la importancia que ha adquirido, tanto la libertad de expresión, como la opinión, presupuestos básicos de la institucionalidad democrática y su continua reconstrucción.

El análisis acometido, no dejó de lado al fenómeno impactante en lo social que poseen los medios públicos, privados y comunitarios, en su afán de revitalizar al sistema democrático en su conjunto, como en su reformulación propia, por democratizarse.

Cuando abordamos el segundo capítulo, se ha puesto en movimiento, la postulación lógica y relacional, entre lo que constituyen los derechos a la comunicación y el servicio público, dentro del marco constitucional referencial, y dentro de la esfera analítica jurisprudencial, de la sentencia de la Corte Constitucional, y el marco normativo legal de la Ley Orgánica de Comunicación; para concluir con un tercer capítulo, relativo al tema argumentativo jurídico y doctrinario, sobre las razones por las cuales, la comunicación como prestación pública, pierde fundamentación y sustento, al ser catalogada arbitrariamente, como prestación o servicio público.

Se ha colocado en la palestra pública de la deliberación, aquellos justificativos que conciben a la comunicación tan solo, como un derecho que permite a todos acceder a una dimensión, de la vida social.

Capítulo uno

Teoría de los Derechos a la comunicación

1.1 Aproximación teórica a los derechos a la comunicación, información y los derechos culturales, como formas de ejercicio de la participación ciudadana

La comunicación como proceso de interrelación entre los seres humanos constituye un potencial deliberativo muy importante, puesto que en ella se construyen y reconstruyen las relaciones humanas de intercambio, a través de la expresión de la palabra, y de la información. Es que sería incierto el concepto mismo de la democracia y de la convivencia humana, al margen de la comunicación, que bien podría “considerarse como el espacio privilegiado para el intercambio de ideas y definición de acuerdos sobre la convivencia social”.¹

No sería desatinado señalar entonces que nuestra naturaleza humana evolutiva nos defina como entes inacabados en permanente producción y elaboración de ideas y mensajes para su inminente transmisión, prodigándonos de elementos razonables e inteligibles de razonamiento, como forma avanzada de diferenciación homínida, respecto de las demás especies animales, algo que en cierta manera impide dar una definición acabada, tal como sugiere Marco Navas, cuando dice que “la comunicación es un campo que abarca tantas y diversas dimensiones, que intentar definirla es una tarea compleja.”²

Si definirla implica una tarea compleja, es menos complejo y difícil su empleo como cotidiana práctica de emisión y recepción de mensajes informativos, que tanta incidencia tienen en la actualidad, tanto en el espacio virtual, como a través de las nuevas tecnologías de la información. Etimológicamente proviene “del latín *comunicare*, que significa hacer común.”³ Ese hacer común, habitual, tradicional y práctico de unos sentimientos, dicciones o expresiones, entendidos como “un proceso

¹ Marco Navas Alvear, *Los derechos de la comunicación: reflexión, debate y práctica*. (Quito: Fundación Regional de Asesoría en derechos Humanos, INREDH Fundación Punto de Comunicación, 2005) 29

² *Ibíd.*, 16

³ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis *Comunicación pública: una opción para la democracia*, (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2a edición, 2014) 44.

activo que permite a las personas, a través de referentes comunes, hacer construcciones colectivas para el desarrollo de la sociedad.”⁴

El Diccionario de la Real Academia Española –DRAE– establece que comunicar tiene diversas acepciones, como: “hacer a otro partícipe de lo que uno tiene”; “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”; “conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito”; “transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor”; “establecer medios de acceso entre poblaciones o lugares.”⁵ Como se puede observar, el sentido y las significaciones son amplios, y ahí radica la complejidad de su definición.

Se diría que existimos para comunicarnos y nos comunicamos para poder existir, y quien no se comunica, no participa de la sociedad; y la no participación, negaría nuestra propia existencia. Parodiando claro está, lo referente a la anulación de la capacidad social de comunicarnos, nos empujaría a una forma de autoexclusión, que no haría sino desvirtuar nuestro desenvolvimiento humano y de convivencia social. Y es aquí en donde se torna crucial, si se nos permite: el tema de los *derechos a la comunicación*; asunto medular que se genera y reproduce en los espacios públicos de la deliberación, en donde expresar ideas, oponerse a ellas y refutarlas, consolida el proyecto democrático en una sociedad.

Sin embargo democratizar la deliberación no ha sido tarea fácil, y son muchos los casos en los cuales expresarse con libertad ha desencadenado tormentosos enjuiciamientos, como ocurrió con el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica⁶, que ha tenido resonancia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un proceso judicial emblemático en el cual el periodista Mauricio Herrera Ulloa, del diario La Nación difundió una serie de hechos noticiosos gravísimos de un diplomático de Costa Rica, representante ad-honorem de ese país, ante la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria.

⁴ Ibíd., 44

⁵ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª ed., 2 vol. (Madrid: ESPASA 2001).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 2 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf: Consulta: 7 de febrero de 2016.

Las represalias estatales contra este comunicador no se hicieron esperar, el periodista fue condenado por un Tribunal Penal de San José, a pagar una multa y que sin reparos recomendó además que se inicie una acción civil, teniendo como responsables solidarios, a él y al periódico La Nación,⁷ y criminalizando su actuación como comunicador social por supuestamente difamar a un funcionario del exterior de ese país. Como puede observarse, el orden público que debería ser garante de la libre circulación de ideas, noticias y opiniones⁸; en gran parte de su accionar, conspira contra la efectividad cierta de esta posibilidad.

Si bien la Convención Americana prevé limitaciones y restricciones al ejercicio a la libertad de expresión, no deja de ser por ello irrelevante que se invoque el *orden público* o el *bien común*, “como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.”⁹

Con meridiana claridad se afirma que dentro de un sistema pluralista de convivencia, la democracia “necesita de la dimensión de la comunicación, traducida particularmente en una esfera pública activa donde tengan lugar los procesos políticos a la vista y con la participación de los distintos componentes de una sociedad”¹⁰. En eso se traduciría en lo transcrito en los preceptos constitucionales del artículo 16.1, cuando promueven una comunicación libre, diversa, incluyente, participativa e intercultural;

⁷ No solamente que la sentencia del Tribunal Penal costarricense, dispuso la condena con el pago de costas procesales y personales sino que ordenó a que se retirara el enlace digital de la publicación, al igual que el apellido del funcionario diplomático. La Comisión intervino el 1 de marzo de 2001, exigiendo al estado que suspendiera el fallo condenatorio, así como pidió de la Corte Interamericana, medidas provisionales a favor del comunicador y del director del medio de prensa escrito. La Corte hizo varios requerimientos al estado centroamericano, entre ellos: que se quite del *Registro Judicial de Delinquentes* al señor Mauricio Herrera Ulloa. El fallo analizó además, aspectos tales como la expresión libre como derecho, garantizado en el artículo 13 de la Convención Americana y su colisión con otros derechos como el honor, la intimidad y el prestigio. Analiza también el resguardo de fundamentales derechos como la honra y la intimidad, previstos también en el artículo 11 de la Convención, cuando la expresión a través de los medios de comunicación incide e impacta en las personas y en sus bienes protegidos. El fallo se apoya en el principio de inocencia y cuestiona que una persona sea condenada sin elementos de prueba que lo inculpen, y reivindica así mismo un proceso judicial pulcro y justo, que permita recurrir a un Tribunal Superior.

⁸ Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/docs/libertad-expresion.pdf>. 17. Consulta: 4 de febrero de 2016.

⁹ *Ibíd.*, 31

¹⁰ Marco Navas Alvear, “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, en María Paz Ávila Ordóñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates alcances y nueva agenda*, (Quito: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011), 98.

elementos convergentes que corroboran a materializar esa esfera de lo público, como complementariamente lo enuncia el artículo 16.5 del cuerpo normativo constitucional, que dispone integrar el campo de la comunicación, en el espacio abierto de la participación.

Precisamente es el espacio de la Política, el lugar en donde se ha expuesto continuamente la trascendencia que estos derechos poseen, para fundamentar las bases democráticas y el Estado de derecho, pues se ha atribuido a la participación activa de la ciudadanía en democracia, como un vehículo de su reformulación, dado que el activismo y el involucramiento social, refuerzan la idea de cómo se debería armonizar el quehacer político y transformarlo. Así la perspectiva de la democracia participativa, no solamente postula lo tocante al derecho al sufragio, sino también cuanto tiene que ver con la intervención directa del pueblo, para incidir positivamente en las decisiones adoptadas por el Poder Público, que tendrían también, impacto en su destino como ciudadano gobernado.

La participación integra movilización de un entorno colectivo, como movilización individual del sujeto que moviliza. Sobre este punto, los tratadistas cubanos, Carlos Cabrera Rodríguez y Lisbet Sam Morales asumen que “el papel activo del sujeto en la participación supone la posibilidad de transformar las condiciones del contexto participativo al propio tiempo que dicho sujeto resulta transformado”.¹¹

La comunicación encuentra representación en lógicas múltiples y de distintas maneras, no solamente en cuanto corresponde a lo que nos proporcionan los medios de comunicación como información audiovisual, de imágenes o mediante el suceso noticioso escrito. Una manifestación marcial o una movilización social, por citarlo así, pueden mirarse como una expresión comunicativa que transmite algo.

No es fácil colegir que los derechos a la comunicación, válidos en un sistema democrático, estén desprovistos de discusión y controversia, pues hay que resaltar que en el escenario de lo político, se ha expuesto tanta retórica como poco argumento

¹¹ Carlos Cabrera Rodríguez y Lisbet Sam Morales, “Acotando el fenómeno de la participación”, en Guillermo González Orquera y Yuri Pérez Martínez, coord., *Participación política reflexiones desde el Sur*, Tomo I, (Quito: Tribunal Contencioso Electoral y Universidad de La Habana, 2014), 13.

conceptual, a tal punto que no haya permitido un mejor análisis sistemático de los mismos.¹²

Se intuye que el derecho es el soporte sustantivo más adecuado para integrar el debate político al conjunto normativo jurídico, sin que esta lectura, intente sugerir que su tratamiento jurídico, quede distanciado del debate político; de ninguna manera, puesto que postular una determinada propuesta normativa, que tiene como basamento, el sentir social de sus aspiraciones, es razón suficiente para que tenga expresión, esa voluntad soberana. Por consiguiente, las normas jurídicas a través de un procedimiento de rigor, pretenden hacer énfasis en la necesidad del debate y de su conocimiento público.¹³

Es en el espacio público, donde adquiere importancia la comunicación. Las personas dialogan, emiten su comentario personal, y es eso lo que produce opinión.¹⁴ En la cimentación de un discurso, se reconstruyen los individuos, porque “el sentido de lo público representa no solo el orden de lo social, sino también la configuración de lo ideológico por el interés general.”¹⁵ Y cuando la página de la imprenta recoge en la palabra escrita, el pensamiento elaborado para su difusión, da paso a lo que se conoce como libertad de opinión y de pensamiento.¹⁶

Es la participación social de lo que se percibe, recibe, produce y difunde, en la esfera de la información, generando la deliberación colectiva, instancia que se transforma en gestación libre del pensamiento, matizado este, en la réplica y el contrapunto de las distantes y distintas voces de opinión; voces que fermentan en la tolerancia, el pluralismo y el reconocimiento del otro, que a su vez hace posible una convivencia democrática integrada, mucho más inclusiva y dispuesta a fomentar acuerdos y disensos, propios de su naturaleza cambiante.

¹² Navas “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, 99.

¹³ Marco Navas, *Los derechos de la comunicación*, 23

¹⁴ *Ibíd.*, 63 y 64

¹⁵ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis, *Comunicación pública: una opción para la democracia* Medellín, (48).

¹⁶ Navas, *Los derechos de la comunicación, reflexión, debate y práctica*, 66.

El derecho que se tiene a comunicar, “no solo se limita a las cuestiones de interés político o institucional”,¹⁷ porque omitiría resaltar la correspondencia cultural que solamente con las iniciativas comunicativas puede llevarse a cabo, algo que es fundamental, dentro de lo que se conoce como *el mercado de ideas*¹⁸ que tiene que ver con la industria cultural, o la difusión de las distintas manifestaciones del pensamiento y de la creatividad artística, para lograr que esos elementos de identidad, tradicionales y de intercambio social tangible o intangible, puedan permeabilizarse en la sociedad y llevar consigo implícitamente un mensaje.

Corresponde al Estado promover y fomentar el ejercicio de la comunicación y no conspirar para que ello no suceda, porque lo que el Poder se propone ocultar, el ingenio creativo lo puede publicar, como sucedió con el escritor colombiano, Hernán Hoyos, según narra el articulista, Pablo Salgado Jácome de diario El Telégrafo. Ocurrió que entre los años sesenta y mediados de los ochenta, Hernán Hoyos se hizo famoso con sus relatos, de *sexo ficción*. Hoyos vendía clandestinamente sus libros impresos en una imprenta cualquiera. Se hizo tan popular por la acogida que tuvo, que llegó a vender quinientos mil ejemplares, como solamente Gabriel García Márquez, podía hacerlo.¹⁹

Sucede con frecuencia que a las múltiples formas de expresión cultural, se las juzga al cariz de determinados prejuicios valorados como referenciales y de reconocimiento autorizado. Se niega desde la oficialidad dominante, las manifestaciones populares o aquello que encuentra identificaciones con las expresiones populares, o con el arte, o la tendencia a narrar o a modelar una institucionalidad diferenciada y expresiva culturalmente, que se milite en contravía.

Debe entenderse que la cultura, no es una mercancía de apropiación de pocos, que la auspician entre minorías representativas de élite, para luego imponer sus dictados subordinantes, sin que medie el diálogo, la aceptación, o el consenso de las mayorías. No es menos cierto igualmente, que la democratización de la cultura de masas produce una especie de desconcierto y desubicación, pues se corre el riesgo de que se invierta el

¹⁷ Damián Loreti y Luis Lozano, *El derecho a comunicar: los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas* (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 1ª edición, 2014), 48.

¹⁸ *Ibíd.*, 49

¹⁹ Pablo Salgado Jácome, “008, con licencia para beber”. <http://eltelegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/008-con-licencia-para-beber.html>. Consulta: 15/05/2015.

proceso, y provoque “la voluntad de la mayoría”²⁰ como refiere Jesús Martín Barbero. Presenciar el autoritarismo de la decisión mayoritaria, la *tiranía* de esas voces,²¹ que numéricamente se imponen, soslayando el clamoreo de lo razonable o de lo que encuentra justificación estética, pervierte el sentido de lo bello, provocando el absurdo de lo totalizante: lo que degrada y lo que agobia.

Históricamente, conviene situarse en 1945 y años de la pos-guerra, para connotar el auge trascendental que habría de tener en la cultura de masas, el progreso de los medios de comunicación audiovisuales, que a razón de “su capacidad de penetración, difusión y recreación de la realidad determinaban el significado y posibilidades de la comunicación”.²² Regían los tiempos de la *Guerra Fría*, y la confrontación bipolar habría de explotar el recurso comunicacional e informativo a gran escala, para lograr persuasión y posicionamiento hegemónico, en sus respectivas áreas de influencia.

Se produce un desplazamiento de los centros de poder, pero también se desplaza el escenario del conflicto, hacia los países del llamado *Tercer Mundo*. Europa Occidental, devastada por la guerra, asume en la inmediatez la etapa de la reconstrucción, y entrega consecuentemente la égida del liderato a los Estados Unidos de América,²³ potencia emergente que contribuye financieramente a reactivar la economía de esta última, a través del Plan Marshall, para contrarrestar a su vez, al peligro inminente del *Socialismo Real*.

Se precisa ahora pensar en el cuantioso esfuerzo que representa controlar e instrumentar la información, para fines bélicos, políticos y económicos, que den validez a las dos vías antagónicas de desarrollo: capitalista y socialista. A decir de Juan José Bremer: “Los medios de comunicación se involucraron defendiendo sus ideas y sobre todo promoviendo sus intereses”.²⁴

²⁰ Jesús Martín Barbero, *De los medios a las mediaciones: comunicación, cultura y hegemonía*, http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/de_los_medios_a_las_mediaciones.pdf

²¹ *Ibíd.*

²² Enric Borderia Ortiz, Antonio Laguna Platero y Francesc Andreu Martínez Gallego. *Historia de la comunicación social. Voces, registros y conciencias*, (Madrid: Síntesis, 1998) 386.

²³ *Ibíd.*, 388

²⁴ Juan José Bremer. *El fin de la guerra fría y el salvaje mundo nuevo* (México: Santillana Ediciones Generales, 2006) ,66.

La verdad, a manera de paréntesis, se diría que los medios de comunicación que tienen una representación grupal de intereses, mismos que tendrían incidencia para influir en el conglomerado para apoyar su *justa causa*, tal como lo confirma José Lasso cuando asevera que “el medio, entonces por sus vinculaciones con el poder (intereses) realizaría operaciones de distorsión, desde la mentira a la amplificación.”²⁵ La televisión con su oferta de imágenes, certifica lo que sucede con el congestionamiento vehicular en determinadas horas, sobre el peligro de transitar por determinadas vías o barriadas marginales, de la inconveniencia de la construcción de un megaproyecto estatal, de los desafueros gubernamentales frente a la crisis económica; de las reyertas entre grupos opositores y grupos afines al gobierno, y con la consiguiente opinión de favorabilidad para unos y la condena para los otros. Todo esto “se hace para las cámaras, que son la nueva expresión de la existencia social”²⁶

Cosa idéntica sucede con los medios radiales, que poseen a su juicio, amplia sintonía auditiva de públicos, y por tanto les precede la autoridad moral para censurar o avalar públicamente, p.ej., la labor de ciertos actores políticos por un determinado comportamiento partidista, de apoyo o disenso; lo mismo puede decirse de la prensa escrita, a través de su línea editorial o con la recreación de fotografías atractivas: virtuales o físicas, con poco contenido informativo pero con gran impacto a través de la imagen, que a lo mejor supera incluso en su tamaño a los renglones de lo noticioso.

La consecuencia de esto, es que los medios de comunicación, imponen las riendas que señala el Poder y “contribuyen a la conformación del orden social.”²⁷ Nos encontramos “al inicio de una época histórica diversa que para unos implica el acabamiento de la modernidad y para otros la pone en cuestión.”²⁸ Y de acuerdo con esto, entra en juego también, el movimiento financiero y comercial de los consorcios o *trust*, la propaganda publicitaria, y la rectoría informativa norteamericana, dentro de lo

²⁵ José Lasso “Pensar hoy en el poder y los medios”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001), 87.

²⁶ Jesús Martín Barbero “Comunicación y ciudad, sensibilidades, paradigmas y escenarios”, en Fabio Giraldo y Fernando Viviescas, comp., *Pensar la ciudad*, (Bogotá: Tercer Mundo editores, 1996), 66.

²⁷ Enric Borderia Ortiz, Antonio Laguna Platero y Francesc Andreu Martínez Gallego, “Historia de la comunicación social. Voces, registros y conciencias”, 389.

²⁸ David Chávez “Las máscaras del poder”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001), 368.

que constituiría un proceso expansionista dominante, proceso en el cual “la versión manipulada de la realidad debe aparecer a la luz pública como la única, legítima y natural versión de la misma”²⁹; es la publicidad la que recrea la realidad y a esa realidad, aunque forjada, no tiene polifonía o pluralidad, ni es susceptible de controvertirla en la movilidad de otros escenarios, también presentes, latentes y reales.

Hay un único diseño informativo que propone la industrialización, como medio para consolidar nuevos mercados en expansión. Se estaba poniendo en marcha el modelo de la *libre circulación de la información*,³⁰ que no era desde luego libre, sino persuasivo y muy ajeno a una participación comunicativa,³¹ pues no tenía muchas implicancias para emplear integralmente a la información, en un contexto de las distintas expresiones del pensamiento y su desarrollo en el país del norte.

Con mucha precisión, Jesús Martín Barbero, expresa: “el eje de la hegemonía se desplaza y con él se desplaza también, hasta invertir su sentido, la reflexión.”³² Ya no es el pensamiento racionalista el que se impone, sino la información de las masas, el pensamiento uniforme y homologado que se presenta como un producto más de consumo, al igual que cualquier otra mercancía. Se ha dicho con toda razón que los medios masivos “son los parques y estaciones de transporte en las cuales confluyen los ciudadanos de las metrópolis.”³³ Como éstos, se encuentran programados para que el bus de masas realice su recorrido y coloque a los usuarios en los sitios de estaciones pre-establecidos, y no en los lugares en cuales los usuarios decidieran elegir para quedarse, porque no hay opciones fuera de las estaciones y los parques señalados, ni lugares alternativos donde pudieran afianzarse.

Es el antagonismo que con sustento en la carrera armamentista, consintió en mirar al otro en función de los celos y de las reservas, porque aquel enemigo

²⁹ Miquel de Moragas *Teorías de la Comunicación* (México, Editorial Gustavo Gilli, 1991), 87.

³⁰ Enric Borderia Ortiz, Antonio Laguna Platero y Francesc Andreu Martínez Gallego, “Historia de la comunicación social”, 389.

³¹ De Moragas, 94

³² Jesús Martín Barbero, *De los medios a las mediaciones: Comunicación, cultura y hegemonía*. http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/de_los_medios_a_las_mediaciones.pdf, 43 Consulta: 9/07/2011.

³³ César Ricaurte, “Posmodernidad y comunicación: posibilidades, límites y experimentaciones”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito, Ediciones Abya-Yala, 2001), 92.

ideológico no era sino un sujeto portador de la contaminación comunista, al que era preciso contrarrestarlo con la estrategia comunicacional de la *desinformación*.³⁴

Había que confundir al sujeto antagonista e idealizar un sistema de libertades y prosperidad referenciales. Pero se instaura también, una sociedad constituida como “un sistema absolutamente organizado, en el cual el control social se despliegue por sobre todos los sujetos y les defina su capacidad de acción social.”³⁵ Para lo cual todo era válido: la sospecha, la modelación del pensamiento y hasta la estigmatización del otro, justamente, a través de los medios publicitarios; qué decir de las campañas de desprestigio mutuo, la propagación en todas las latitudes de los productos norteamericanos, como apuestas culturales irrefutables.

Sobre la base de este comportamiento, se posicionaron los estudios comunicacionales de Lasswell,³⁶ que planteaban que las masas son persuadidas por la actividad comunicativa, y que generalmente reaccionan a determinados estímulos, lo que se conoce como *conductivismo*, así el fervor patrio por ejemplo, que generaría como efecto consecuente, un despertar de las pasiones, tanto en los soldados como en la población civil, justificando con ello, por así decirlo, una determinada intervención militar estadounidense en un remoto estado, que supuestamente estaría fomentando, una amenaza para la seguridad nacional.

Centrándonos en la acción y sintetizando la incidencia informativa que proyectan los medios, se puede discurrir que su lógica aviene: la verdad en la ficción, como a su vez reproduce sin circunspección: “las operaciones de distorsión, desde la mentira a la amplificación,”³⁷ detallando crímenes de apariencia real, que la televisión produce,³⁸ y que nos causa incluso complacencia y grandes emociones, aun sabiendo que el escalofriante tiroteo, provoca heridos e incuantificables daños humanos y materiales, porque quienes los producen, son los supuestamente héroes y justicieros,

³⁴ Eric Borderia Ortiz, Antonio Laguna Platero y Francesc Andreu Martínez Gallego. *Historia de la comunicación social. Voces, registros y conciencias*, 406

³⁵ David Chávez “Las máscaras del poder”, 368.

³⁶ Marco Navas, *Los derechos de la comunicación, reflexión, debate y práctica*, 32-4.

³⁷ José Laso “Pensar hoy en el poder y los medios”, 87.

³⁸ Carlos Alberto Montaner. “El miedo a la información. comunicación, tecnología y sociedad. La democracia en la era de los medios interactivos,” en Carina Perelli y otros Comp., *Partidos y clase política en América latina en los 90*, (San José: IIDH-CAPEL, 2002), 496.

para quienes todo está permitido, incluso el asesinar a sangre fría, para luego ser objeto de reconocimientos y aplausos; o cuando contrariamente, ciertos acontecimientos de la naturaleza imprevistos y fortuitos, o generados por la acción del género humano, nos enternecen y afligen; como por ejemplo: el dolor extremo que sentimos al apreciar noticias de catástrofes naturales, con un saldo incuantificable de víctimas en estado de orfandad, abandono, desamparo, miseria, destrucción o quebranto.

Claro, se trata de grotescas y dolientes imágenes de seres humanos en quienes es posible identificar la agonía o la desesperación, revelada en sus agonizantes cuerpos o semblantes; y más si se trata de una conflagración bélica, o de un acto de terror, que ahí si nos conmueve; llamándonos a la solidaridad en ocasiones o a la compasión simple y llana, con el consiguiente comentario de rutina; y todo porque esos acontecimientos fueron mediatizados por la pantalla chica e internet, que aunque lejanos a nosotros, esa sola mediatización anunciada, provoca el efecto buscado.

Carlos Alberto Montaner advierte que no obstante la invención de la representación que reportan los acontecimientos noticiosos, es primordial en la tarea de los comunicadores, “saber elegir en medio de la multitud de pesares e inconvenientes, de noticias felices y gratificantes, la dosis exacta, adecuada a nuestra imitada capacidad de percibir el mundo a través de nuestra racionalidad y de nuestra emotividad.”³⁹

Advertencia baladí, que insinúa que para informar, hay que registrar, clasificar y calificar lo comunicable; de tal manera que existiría una *dosis exacta* de comunicaciones admirables, capaces de producir la satisfacción equilibrada de lo que debemos sentir y percibir de dichas imágenes, con el consentimiento sutil y la elección ética de unos esmerados comunicadores; como si se tratase de una prescripción médica, cuya receta debe ser necesariamente regulada, para evitar que el enfermo padezca de una intoxicación posterior.

³⁹ Ibíd., 498

En cuanto a la prensa, se le exige “cumplir papeles en función de otros grupos, no de las dinámicas y papeles autónomos de los medios periodísticos y consustanciales a su labor.”⁴⁰

Quedaría por preguntar ¿sobre qué grupos?, así como también sobre la posibilidad de que exista autonomía de los medios, en su quehacer periodístico; sería esa una vía a transitar, o al menos, lo recomendable.

Se afirma que la prensa y más genéricamente, los medios de comunicación se encuentran distanciados de las demandas de los ciudadanos frente al imaginario político y a las autoridades, y que por tanto, urge la necesidad, en función de razones considerativas al interés público,⁴¹ que la comunicación deba normarse y regularse, dada su connotación como *fenómeno social*,⁴² dentro del marco de la construcción progresista del constitucionalismo moderno, y de todo cuanto implica su subjetivación, dirigida a tutelar a sus actores sociales activos, al igual que a su objetivación, dada su pertenencia a la esfera deliberativa de lo público, puesto que la palabra que aflora en la vertiente de ese espacio, (público) que indefectiblemente genera “una multiplicidad de diálogos para una multiplicidad de públicos,”⁴³ no es la expresión o la opinión homogénea hecha para una única audiencia selecta, formal, y receptiva.

Se trata de presenciar una bifurcación de voces, como sugiere César Montúfar: de “contra públicos subalternos o espacios de deliberación en contra del poder que aguijoncen, [sic, seguramente por “aguijoneen”] pregunten radicalmente a quienes monopolizan el uso de la palabra acerca de la legitimidad de sus mensajes.”⁴⁴

Si de precautelar derechos ciudadanos se trata, frente a los abusos del Poder Público, la prensa, en ocasiones, ha manifestado protagonismo, siendo vista por la

⁴⁰ Eduardo Ulibarri. “Entre la libertad de información y la manipulación. El delicado manejo de la información pública”. En En Carina Perelli y otros. Comp., *Partidos y Clase Política en América latina en los 90*, (San José: IIDH-CAPEL, 2002), 480.

⁴¹ Marco Navas “La percepción jurídica del fenómeno comunicativo, una aproximación desde las instituciones constitucionales”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001), 429.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ César Montúfar “La palabra abierta contra el silencio. Una crítica al monopolio del uso de la palabra en el Ecuador”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001), 379.

⁴⁴ *Ibíd.*, 380

propia sociedad indignada o defraudada por aquel, como un verdadero contrapoder,⁴⁵ presto a sobrellevar a costas, el cúmulo de demandas frustradas del colectivo social, siempre ávido de resistencia y como no: insumiso a las arbitrariedades.

Así es como converge la opinión en el sistema democrático. “No hay democracias en abstracto. La democracia tiene que funcionar bien para que perdure”.⁴⁶ Se demanda, tal como propone Raquel Escobar: “organizar la vida pública, desacralizando la institucionalidad, para así perder poder y ganar participación.”⁴⁷

Esta es una posición vanguardista indiscutible, puesto que el poder en democracia, debe ser entendido como un servicio a la sociedad y claro, una prensa que comulgue con el propósito de informar sin dobleces y con nitidez, al margen de cualquier apego hacia el Poder estatal, asumiría riesgos siempre presentes como parte de su compromiso social de comunicar e informar, pero a la vez se distanciaría de la subordinación, sin que implique esto ubicarse necesariamente en la vereda de la confrontación.

Se pregonaba que impere “ya no una libertad de información, sino un derecho a la información.”⁴⁸ Para diferenciar lo significativo de estos dos conceptos, se diría que la libertad confluye en una idea de autonomía, como previniera Barbarosch, “el ser libre para algo, a fin de llevar a cabo una forma prescrita de vida”⁴⁹ lo cual no consiente dirigirse en contra todo y contra todos como manifiesta Carbonell⁵⁰, sino “afirmar que la libertad consiste, al menos, en tener esa *posibilidad*.”⁵¹ La opinión y la expresión libres tienen su anclaje en una información relevante, autónoma, y no manipulable; e inversamente, la libertad de expresión y opinión sin ataduras o censuras, propiciarán

⁴⁵ Eduardo Ulibarri. “Entre la libertad de información y la manipulación. El delicado manejo de la información pública”, 481.

⁴⁶ Carlos Alberto Montaner. “El miedo a la información. Comunicación, tecnología y sociedad. La Democracia en la era de los medios interactivos.” en Carina Perelli y otros Comp., *Partidos y clase política en América latina en los 90*”, (San José: IIDH-CAPEL, 2002), 500.

⁴⁷ Raquel Escobar “Comunicación y protesta urbana”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores, *Comunicación en el Tercer Milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001), 406.

⁴⁸ Navas, *Los derechos de la comunicación, reflexión, debate y práctica*, 78.

⁴⁹ Eduardo Barbarosch *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea* (Buenos Aires: Departamento de Publicaciones-Facultad de Derecho UBA, 2013), 82.

⁵⁰ Miguel Carbonell, *Desafíos a la libertad en el siglo XXI* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2011), 25

⁵¹ *Ibíd.*

ciudadanías críticas y bien informadas, permeables y selectivas en ideas, como también movilizadas al mismo tiempo, instrumentando debidamente el bien informativo.

El derecho a decir de Ferrajoli, “es solo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis.”⁵² Robert Alexy dice que los derechos fundamentales, promueven “asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público.”⁵³ El derecho surge a manera de tutela o resguardo de la libertad, como un contrapeso hacia el ejercicio del poder y los derechos fundamentales brotan como un conjunto individualizado de derechos, de cariz axiológico, que envuelven expectativas de cumplimiento por parte de la institucionalidad del Estado.

La información que se socializa y se produce debe apuntalar a ser reconocida necesariamente como derecho humano, y como “un ejercicio efectivo no solo para quienes cuentan con los medios para hacerlo, sino, sobre todo, para quienes desean hacer oír sus voces”⁵⁴, instando con esto, a que el Estado regule a la actividad informativa de los medios, ejerciendo presencia actuante, partiendo del hecho de que la información deje de ser particularizada desde la centralidad de unos individuos, que cuecen mensajes desde sus propias apreciaciones y valoraciones, tal como diría respecto del clima de la opinión que crean los medios de comunicación, el escritor y periodista español, Joaquín Estefanía en su publicación *La mano invisible*, que: “una élite de profesionales que se comporta de manera coherente y que participa en una misma escala de valores, transmite sus convicciones al contenido de los medios, imprime un ritmo selectivo a las informaciones y magnetiza las percepciones de la audiencia.”⁵⁵

Conviene observar el marco constitucional en su contexto, atendiendo al sentido integral del amplio catálogo de los derechos relacionados con la comunicación, expresando que ésta tiene un componente fundamental de expresión libre, incluyente, intercultural y participativo; permeable y accesible a partir de la multiplicidad de formas

⁵² Luigi Ferrajoli *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, Andrea Greppi, trad., (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 43.

⁵³ Robert Alexy *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: 1ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 419.

⁵⁴ Damián Loreti y Luis Lozano, *El derecho a comunicar*, 64.

⁵⁵ Joaquín Estefanía, *La mano invisible: el gobierno del mundo*, (Madrid: Punto de Lectura, 2006), 179.

comunicantes: visuales, auditivas y sensoriales y en cuanto a su desarrollo y penetración, en las tecnologías informativas y de la comunicación.

Que comunicar tiene proximidades y divergencias dialógicas, al relacionar concepciones ideológicas, en las que debe descollar el pensamiento, la conciencia y la expresión libres, frecuentados de opiniones contrapuestas, tan razonables como necesarias en el contexto democrático.⁵⁶

El derecho a comunicar se expresa además, en el reconocimiento alternativo de otras lenguas diversas e integrantes del patrimonio interétnico y cultural de una nación; se perfecciona como derecho humano fundamental, para las personas con discapacidades, cuando se instrumenta el uso del lenguaje de señas para no oyentes, o el braille para quienes carecen del sentido de la visión, o la oralidad del lenguaje discursivo y acrisolado en múltiples diversidades, cuando está dirigido a distintas y variadas concurrencias.

Para que los derechos a la comunicación, tengan cimiento y exigibilidad, se precisa también del concurso estatal, mediante la instrumentación de políticas públicas,⁵⁷ a partir de una reformulación de una agenda social que promueva efectivamente la participación ciudadana en democracia, “facilitando la formación de conexiones de red, a partir de la descentralización de su planificación, de sus servicios y de la ejecución de programas y proyectos, de modo de dar poder a las comunidades locales y regionales”⁵⁸. Esto quiere decir, destinar esfuerzos estatales al servicio de la colectividad y no hacia un proyecto político de una minoría, desconcentrando a su vez

⁵⁶ Juan Carlos Riofrío Martínez “Ley orgánica de comunicación”, en Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, edit., *Régimen de la comunicación*, (Quito: Universidad de los Hemisferios, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 103-4.

⁵⁷ Ver: Navas, *Los derechos de la comunicación, reflexión, debate y práctica*, 97-9. El autor va más allá de la simple declaración dogmática, estatuida en la Constitución. Se cuenta con la garantía de estos derechos cuando se dirigen esfuerzos, en todo cuanto implique líneas de acción y proyectos de inversión estatal y no actos normativos infra constitucionales, que lejos de fomentar su progresión, coarten dichos derechos, negándolos y silenciando la voz de los actores, por medio de la coacción y la amenaza de acciones legales en la vía civil, que representarían la ruina de los accionados; de ahí que mencione que el Estado deba establecer las condiciones para que tenga alcance una *participación social efectiva*, como también *una más sana relación entre el Estado y sus ciudadanos y ciudadanas*.

⁵⁸ César Buzzato “Responsabilidad social en el poder público. Un camino para la democracia”, en Bernardo Kliksberg, comp., *La agenda ética pendiente de América Latina*, (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005), 242.

el propio poder, para apoderar a su legítimo mandante, en términos de equidad relacional.

Resultaría reveladora una institucionalización comunicacional entre iguales: Estado-sociedad civil, que encuentre la expresión a comunicar precisamente en el derecho, porque su ejercicio fundamental no representa únicamente un presupuesto estatista a regular y a reglamentarse, sino fundamentalmente a garantizarse.

1.2. La libertad de expresión y opinión como derechos y garantías constitucionales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atizado una significativa labor en el tema de la libertad de expresión. Pues ante todo ha referenciado la idea de que tanto el ejercicio del periodismo como la expresión libre, se encuentran perfectamente imbricados,⁵⁹ de ninguna manera puede visualizárselos separadamente sino en complementaria correspondencia.

Para la Corte Interamericana “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática.”⁶⁰ El peso de esta declaratoria guarda correspondencia con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento jurídico internacional, del cual el Estado ecuatoriano es parte suscriptora, y que prescribe en términos generales las integralidades de esa libertad de expresión y pensamiento, como aquellas de buscar, recibir o difundir información, así como también la divulgación ideas o manifestaciones artísticas de cualquier índole y por cualquier medio; lo que equivale a decir: por escrito, o a través de una suerte de representación, o cualquier otra forma de expresión.

Se dice que “quien está en condiciones de pensar, está en condiciones de exteriorizar su pensamiento”.⁶¹ No puede haber opinión sin pensamiento, ni expresión sin opinión. Ahora esa expresión vertida tendrá sustancia y consistencia en el momento

⁵⁹ Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/docs/libertad-expresion.pdf>, 24.

⁶⁰ *Ibíd.*, 17.

⁶¹ Salim Zaidan “El propósito del ciclo de debates de técnicas de litigio en derechos humanos y la importancia de los temas abordados”, en Salim Zaidan, edit., *IV ciclo de debates: técnicas de litigio en DDHH, Neo constitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012), 32.

en que es difundida en una publicación bibliográfica o en un medio de comunicación, materializándose de esta forma, lo que llamaríamos la actividad de la *comunicación*.⁶²

La Constitución de la República en el artículo 66.6 proclama el derecho a opinar y a expresarse de manera libre. Es concordante con el artículo 13 de la Convención Americana cuando preceptúa que esa expresión libre del pensamiento, tendrá lugar en toda manifestación o forma en que sea posible. Lo que deja entrever un alcance amplio para producir distintas expresividades creativas a manera de opinión libre.

La Ley Orgánica de Comunicación prescribe en su artículo 17, respecto a la libertad de expresión y opinión, como el derecho de todas las personas a expresarse y opinar, por cualquier medio y de cualquier forma, pero responsabilizando a las personas por sus expresiones vertidas. Lo que se conoce como responsabilidad ulterior.

Esto tiene una razón de ser, y que lo recoge la propia Convención Americana en su artículo 13, como la Suprema Carta Constitucional del 2008, en sus artículos 18.1 sobre la responsabilidad ulterior, y 19 Párrafo 2, porque no todo lo expresable u opinable puede ser completamente permitido. Así no será jamás válido expresarse a favor de actos que justifiquen el racismo, la guerra o el genocidio. No es ese el sentido de la libertad de pensamiento y expresión y no podría invocarse en mención a eso, la existencia de garantías.

En el paradigma democrático cuenta mucho la protección del derecho a la libertad de expresión, que es tal “su centralidad para la vida democrática que este derecho merece una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos”,⁶³ afectación que ha tomado fuerza, en cuanto al derecho al buen nombre, al derecho a la reputación y al honor; derechos siempre esgrimidos por los representantes de los Poderes Públicos, cuando la fiscalización política pone en cuestión la verticalidad del ejercicio de la función pública o la información de los medios audiovisuales, que al cuestionar la forma de gobernar o administrar el patrimonio público, o peor aún,

⁶² *Ibíd.*, 32.

⁶³ Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, (Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011), 32.

detectar actos de corrupción en los funcionarios públicos, no es casual que se logre atizar reacciones virulentas, que demanden una reparación por el daño causado.

De esta manera, la opinión emitida en la línea editorial o en algún artículo de prensa, bien podría provocar que la Autoridad Pública interprete que el señalado artículo periodístico, haya tenido como finalidad agraviar su reputación o el buen nombre, atribuyéndose la facultad de accionar judicialmente al comunicador por la presunta difamación causada y vulnere de esta forma el derecho a la libertad de expresión. La Constitución de 2008 que garantiza en el artículo 66.6, el derecho a opinar y expresarse libremente, prevé conexamente en el artículo 66.7 el derecho a la rectificación, réplica o respuesta, a quien se considere agraviado por informaciones inexactas o carentes de pruebas, producidas por los medios de comunicación.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ilustra el caso *Canese vs. Paraguay*, cuya sentencia de fecha 31 de agosto de 2004⁶⁴ pone de manifiesto la denuncia por actos de corrupción que realizó en un debate público, el señor Canese durante el período electoral, a Juan Carlos Wasmosy, quien fuera candidato a la Presidencia de Paraguay. Los periódicos publicitaron el caso y de inmediato se instauró un proceso judicial en contra de Ricardo Canese. Este fallo de la Corte reviste una extraordinaria importancia, al evidenciar que el libre discurso al igual que el debate político, constituyen elementos primordiales para la vida democrática de las sociedades, del mismo modo que ratifica que la libertad de expresión es un ingrediente angular para denunciar y combatir a la corrupción.⁶⁵

El fallo motiva la desproporción en la aplicación de la responsabilidad ulterior, por parte del órgano de justicia paraguayo, que no guardaba compatibilidad con lo prescrito en la Convención; señaló también, que el supuesto delito de injurias y difamación no podía ser accionado, por no existir justificativos razonables por parte de quien invocó el bien jurídico, al que intentaba proteger. El fallo de la Corte Interamericana trasciende al hecho de que el artículo 13 de la Convención Americana, prohíbe la restricción de la libertad de expresión por medios indirectos, y justamente

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Consulta: 7 de febrero de 2016.

⁶⁵ *Ibíd.*, párrafo 72 d).

subraya que las sanciones penales impuestas a Ricardo Canese, constituye un método indirecto que restringe la libertad de expresión. Añade además que este efecto inhibitor, podría generar *autocensura*, situación que generaría el mismo efecto que la censura directa.⁶⁶

La Ley Orgánica de Comunicación en su artículo 18 prohíbe la censura previa, y el artículo 19 del mismo cuerpo normativo legal, prescribe las consecuencias administrativas en forma posterior, por haber difundido contenidos orientados a lesionar derechos constitucionales, de la comunicación y la seguridad jurídica del Estado, dejando la salvedad de las acciones civiles o penales, que fueren del caso. Se suscita algo en esta ley, que acarrea riesgo para la libertad de opinión y expresión, que es alusivo al tema de la *seguridad jurídica* estatal y que está relacionado con el *orden público*. Constituyendo la seguridad jurídica una noción indeterminada dentro del derecho administrativo, daría lugar a que la Administración Pública emita criterios discrecionales, que en alguna medida vulneren estos derechos.

En lo relacionado con el derecho al honor, el artículo 11 de la Convención, según este fallo del Tribunal Interamericano de Justicia, tal derecho se encuentra debidamente protegido, “por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneran la Convención.”⁶⁷ En idéntico sentido se argumenta que lo difundido por el señor Canese, involucra una *cuestión de interés público*, puesto que se trataba de un proceso electoral en el cual se discutían asuntos de carácter público, infiriéndose la ausencia de una base legítima de juridicidad para ejercer acciones punibles, en contra de expresiones emitidas en el ámbito de lo público.⁶⁸

Sin temor a equivocarnos podemos decir que la relación: Libertad de Expresión-Poder Público Estatal, han estado y estarán en riña, y que desde siempre la expresión libre de poder expresarse, ha encontrado en el Estado, al mayor transgresor del irrespeto a esta libertad, pues si asociarse y conformar un partido político, era percibido por la subjetividad del Poder, como la *mala tendencia*, o la *incitación expresa*,⁶⁹ había que

⁶⁶ Ibíd., párrafo 72 g).

⁶⁷ Ibíd., párrafo 72 h).

⁶⁸ Ibíd., párrafo 72 b).

⁶⁹ Gargarella “Constitucionalismo y libertad de expresión”, 34

salir al paso de inmediato, porque quedaba la sospecha del móvil implícito de la subversión o la desestabilización del Estado.

Como resultado de esa presunción, asumida como verdad irrefutable, se condenaba a dicha asociación a la proscripción de la clandestinidad, o a su no reconocimiento legal como sujeto político, y hasta a la persecución deliberada como tal.

Corroborando con esto, Héctor Faúndez Ledesma, señala que “vivimos en un mundo lleno de paradojas, en el que mientras la libertad de expresión es predicada como un ideal, la intolerancia parece haberse convertido en nuestro estilo de vida.”⁷⁰ Nada más real que esta reflexión; somos intolerantes porque llevamos en nosotros, comportamientos heredados e impuestos y demasiado arraigados a causa de factores sociales, familiares, culturales, tradicionales y educativos; exacerbados con arrogancia en algunos casos, imitando a las propias élites de poder y reproduciéndolos en el conjunto de la sociedad y en la familia. En esta última p.ej., con actitudes intransigentes y autoritarias de padres a hijos. En la escuela, supuesto hogar subsidiario de los niños y adolescentes, el docente sigue siendo dueño del conocimiento y de la verdad absoluta.

En el trabajo miramos con recelo a un compañero que propone una actividad diferente e innovadora o que simplemente piensa en forma distinta, lo rebatimos y lo vemos como un potencial competidor al que hay que contrarrestarlo, verlo con cuidado y hasta anularlo, si fuere posible. En la forma de comunicarnos con los demás; con aquellos con quienes coincidimos, los santificamos, pero si ocurre lo contrario, los censuramos sin compasión, apeteciéndonos incluso animadversión.

La verdad es que la intolerancia se respira en todas partes. En la propia academia en la que aparentemente rige un pensamiento pluralista, libre y democrático, no son ajenas las posiciones dominantes e inflexibles, de quien dirige la cátedra, frente a los criterios opuestos y subordinados de los cursantes. El docente, dominado por la petulancia de sus conocimientos y su preparación, puede en ocasiones permitirse menospreciar y hasta denostar las expresiones de los educandos, por considerarlas burdas o inconsistentes.

⁷⁰ Héctor Faúndez Ledesma “Los límites de la libertad de expresión”, en Héctor Faúndez Ledesma y René Molina Galicia, coord., *Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, (Barquisimeto: 1ª. Ed., Tipografía Litografía Horizonte, 2000), 377-8.

Al respecto, Carlos Alberto Montaner manifiesta: “aparentemente, la tolerancia es un valor débil, blando, propio de personas o de grupos bondadosos, pero creo oportuno subrayar que esa es una manera superficial de entender esta virtud.”⁷¹ No escapa a este juicio, la intención de enaltecer el sentido de la consigna *tolerar*, como el sendero por el cual una comunidad permeable en lo deliberativo y democrático, pretende transitar conociendo y reconociendo sus incesantes demandas y necesidades.

El mismo autor declara que: “la facultad de hablar, de comunicarnos, de someter al mundo a nuestro juicio, es la clave de la persona humana. Es la razón de ser. Es su misterio último.”⁷² Montaner intenta quizá, dar una insinuación mística, a la presteza humana de la comunicación y la expresión, conjeturándolas en los misterios divinos de la creación humana y de las cosas que existen. Los seres humanos son creados, y afirman su existencia sirviéndose de la comunicación.

Resulta irrefutable el supuesto de que “el intercambio de ideas y opiniones, constituyen un componente vital para el desarrollo de nuestras potencialidades y para una vida autónoma;”⁷³ si no hay intercambio de opiniones, se detiene toda posibilidad de expresión útil, que conlleve a reconocer a ese otro en su autodeterminación individual. Solamente a través de la libertad de expresión, el ciudadano hará de la actividad gubernamental, como de las políticas públicas un escrutinio permanente.⁷⁴ Si de incursionar en el quehacer político se trata, el asunto va mucho peor; no es antojadizo decir, que quien por el hecho de censurar la labor de su opositor político en un debate, reciba como contraparte, ataques a su intimidad, a su honor, así como descalificaciones personales de todo tipo; porque lo común en la política, no es desvirtuar la antítesis con argumentos, sino anular a como dé lugar al opositor.

En otro orden de cosas, en lo relativo a la esfera de la moralidad del Poder, tenemos el *orden público* que propone restringir libertades, para paralelamente proteger derechos, y en función de aquello puede extremar medidas coercitivas de vigilancia, como justificativo para precautelar la paz interna, la seguridad y las libertades en

⁷¹ Carlos Alberto Montaner, “La sociedad tolerante y la libertad de expresión”, en Gabriel Nieto Montoya, coord. , *El rol de los medios de comunicación, en el proceso de transición y consolidación democrática en América Latina*, (Quito: Editorial Nueva Época, 2ª edición, 1993), 89.

⁷² *Ibíd.*, 86.

⁷³ Héctor Faúndez Ledesma “Los límites de la libertad de expresión”, 387.

⁷⁴ *Ibíd.*, 390

general; para ello formula políticas públicas, que a resultas de obedecer a un interés mayoritario, se extralimitan, vulnerando sin consecuencia otros derechos fundamentales, como el de la libre expresión del pensamiento, objeto de este análisis.

Por tanto, no es contradictorio entonces, que se haya popularizado la frase de que “la mejor política en materia de libertad de expresión, es la ausencia de política”.⁷⁵ Y claro, tenía un cariz ideológico, como tesis batallada por los defensores del *mercado de ideas*,⁷⁶ En efecto, ¿cómo entender que se incorpore la vigilancia estatal, por ejemplo, para mantener bajo control a los disidentes, y conservar así, la calma y la paz social? Pero ¿hasta qué punto también, es correcta esa aseveración, de desaconsejar la política pública, para desarrollar la libre expresión?

Considerando además que “este derecho no es absoluto,”⁷⁷ pues tiene que necesariamente ser regulado, porque promover la libertad de expresión, no es promover la calumnia o la ofensa deliberada, lo cual no quiere decir que deba establecerse una responsabilidad ulterior, (no previa) que acredite que por las vías procesales: civil, administrativa o penal, se establezcan los procedimientos que corresponda, y se permita que quien se excede en sus expresiones, afectando el derecho al honor de una persona, responda por lo que dice, y genere la reparación por la vulneración provocada a ese derecho constitucional protegido.

Con relación a este punto, y dentro del tratamiento de la restricción de los derechos, Robert Alexy expresa: “Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos solo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional.”⁷⁸ El mismo autor añade que si la restricción proviene de la Constitución, la restricción es directamente constitucional, mientras que si obedece a una restricción de rango infra constitucional, la restricción será obviamente indirectamente constitucional.⁷⁹ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Canese vs Paraguay* vislumbra que la sanción penal impuesta

⁷⁵ Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, 37.

⁷⁶ Ver lo que señala Roberto Gargarella en el mismo artículo, en las páginas 37-49.

⁷⁷ Salim Zaidan “El propósito del ciclo de debates de técnicas de litigio en derechos humanos y la importancia de los temas abordados”, 18.

⁷⁸ Robert Alexy *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés, trad., (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 277.

⁷⁹ *Ibíd.*, 277

Ricardo Canese constituye una vía innecesaria y desproporcionada de restringir su libertad de expresión, por cuanto tratándose de un debate electoral en el cual se ventilaban temas de interés público, la Sala Penal del Tribunal de Justicia de Paraguay violentó el derecho a expresarse con plena libertad, al señor Canese al aplicar “restricciones indebidas al derecho y por la utilización de medios indirectos de restricción,”⁸⁰ al validar una norma penal, que lo que hacía era generar un ambiente intimidatorio para poder expresarse.

Dice a continuación que el artículo 30 de la Convención Americana garantiza la legalidad de las limitaciones a la libertad de expresión. Lo que descarta como elemento de juridicidad, es el hecho de que el derecho al honor se encuentre tipificado como delito en el ordenamiento jurídico penal de Paraguay, situación a la que califica como “insostenible en el sistema interamericano,”⁸¹ porque la tipificación y penalización prevista para la difamación son en extremo desproporcionadas, constituyendo “un medio indirecto de restricción de restricción a la libertad de expresión e información.”

No es válida entonces una ausencia de política, en materia de libertad de expresión, todo lo contrario: normativa y políticas públicas, se hacen necesarias. El bien protegido es lo que cuenta, y el derecho a expresarse y a opinar libremente, merece un tratamiento delimitado, a la luz de lo previsto en nuestro caso, en los preceptos constitucionales del artículo 66.6 de la Constitución, así como los relacionados, con el derecho al honor y al buen nombre, que se encuentran también consagrados y garantizados en el artículo 66.18 de la misma Ley Fundamental.

Ambos gozan de la misma protección. Ahora bien, la ley Orgánica de Comunicación, detalla claramente, en varios de sus artículos, las condiciones en las que operaría a manera de instrumento de limitación o restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión y opinión, estableciendo por ejemplo la responsabilidad ulterior, que incluye a los medios, el derecho a la rectificación y a la réplica (art.19, 20, 21, 23 y 24), para evitar afectar así, otros derechos con rango constitucional. Se cumple aquí lo destacado por Alexy, en cuanto atañe a la restricción constitucional indirecta.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs Paraguay, párrafo 73 a)

⁸¹ *Ibíd.*, párrafo 73 c).

Siguiendo la explicación de Robert Alexy, “lo que vale es el mandato constitucionalmente fundamentado dirigido al legislador en el sentido de proteger el honor personal en la medida exigida por la Constitución, como así también derechos fundamentales a la protección que responden a este mandato.”⁸² Si la voluntad del constituyente habilita el accionar del legislador, en razón de motivar una protección eficaz de los derechos fundamentales, resumiríamos que tiene sentido y validez esa actuación.

Refiriéndonos a los términos: restricción y limitación, que relativamente guardan conexión y similitud aparente, a razón de que ambos elementos, podrían instrumentarse como dispositivos de gran incidencia, respecto de “las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental”.⁸³

La *restricción* está encaminada a la imposición mediante ley, con basamento constitucional, para que tenga realización y ejercicio un derecho.⁸⁴ Las restricciones a la libertad de expresión deben tener justificativos *razonables*;⁸⁵ y esto no podría ser de otra manera, si a pretexto de la libertad de expresión, se promueve por ejemplo el vandalismo o se procede a difamar públicamente a alguien, por el solo hecho de hacerlo, sentiríamos una especie de desasosiego interior, que incesantemente nos sacudiría nuestros bocetos de pensamiento.

La *limitación* del derecho se da en cambio, cuando a pesar de otorgar la Constitución, el reconocimiento palpable, a una determinada libertad, le impone a su vez, expresos condicionamientos, que buscan que esa libertad, guarde conexión con otros derechos constitucionalmente tutelados.⁸⁶ Se pretende entonces ampliar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales, permitiendo su funcionamiento armónico y articulado, pero ajustándolos a otros condicionantes, igualmente

⁸² Alexy “Teoría de los Derechos Fundamentales,” 281.

⁸³ Jesús María Casal Hernández, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2002) 113.

⁸⁴ *Ibíd.* 114

⁸⁵ Marco Navas, *Los derechos de la comunicación, reflexión, debate y práctica*, 136.

⁸⁶ Jesús María Casal Hernández, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, 114.

fundamentales, integrando así al universo de lo constitucional, el fomento y resguardo, tanto de esas libertades, como de esos otros derechos.

Lo que si no debe en un sistema democrático, es obstaculizar a que fluyan las expresiones, porque la expresión libre del pensamiento, es concomitante con el desenvolvimiento de la democracia, porque con su propagación, se maximiza, acrecienta o se transforma; todo dependerá del nivel de elasticidad con que se presente esta última.

Si bien se proscribe la censura previa, se presenta también la posibilidad de preceptuar responsabilidades ulteriores, que en ocasiones, por un exceso de atribuciones, esas determinaciones plasmadas en resoluciones o dictámenes de los órganos de control o la rectoría del Poder, podrían devenir en siniestras y descomunales demandas lesivas para quienes se expresan y opinan libremente.

Pertinente es entonces, rescatar el comentario expuesto por Salim Zaidan relativo a que: “Las autoridades públicas no deben caer en la sensibilidad extrema y quienes ejercen la libertad de opinión no deben caer en ligerezas y ofensas innecesarias de las que podrían prescindir al emitir un juicio de valor.”⁸⁷ Existen medios que no necesariamente rasgan en la penalidad y que no por ello dejan de ser restrictivos, pero en menor medida, como el establecimiento de obligaciones civiles, para el caso de responsabilidad ulterior y para dar lugar al derecho a la rectificación o a la respuesta.⁸⁸

Como podemos observar, se formula una posición ecuánime y equilibrada, mucho más centrada y alejada completamente de los extremos, y que debería tomársela en cuenta, especialmente por las entidades, que forman parte del ejercicio de control, de acuerdo con lo que señala la Ley Orgánica de Comunicación, como también por los distintos actores sociales, edificadores ávidos de la opinión pública en general.

Se dice que el Estado debe intervenir en el fomento de la pluralidad de las expresiones, pero siempre dentro de las fronteras de un espacio normativo superior, que cobije un “orden de competencias constitucional, la autorización a través de una norma

⁸⁷ Salim Zaidan “El propósito del ciclo de debates de técnicas de litigio en derechos humanos y la importancia de los temas abordados”, 19.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs Paraguay., párrafo 73 f).

suficientemente determinada y el cumplimiento de las prescripciones procedimentales.”⁸⁹

Esto anima a decir que se debe admitir que se critique, que se cuestione el conjunto de las actuaciones de las Autoridades del Poder Público, pero también por otra parte, moviliza a cuidar que no se lastime su honor, a que se difame públicamente a una persona, o que se acredite a alguien, por animadversión o rechazo: una dañosa reputación, que transgrediría el límite permitido en la expresión libre, cayendo en una suerte de lesión, en la dignidad de la persona afectada;⁹⁰ de ahí la importancia de la generación de una “competencia constitutiva del legislador para imponer restricciones,”⁹¹ hecho trascendente que exige, que opere satisfactoriamente una cláusula de reserva, que proceda lógicamente, de la exigibilidad de la normativa constitucional.

Asumir que libertad de expresión, integra un fundamental derecho, no debe de ningún modo erigírsele, como sostiene Chirino Sánchez, para “humillar o insultar a una persona, tanto en comentarios salidos del contexto de la formulación del pensamiento o de las manifestaciones que se hagan, como también en expresiones con un contenido meramente injurioso o incluso despectivo.”⁹²

Debe ser repensada como “un derecho autónomo y fundamental, pero también como su valor asociado a consideraciones utilitarias concernientes al progreso y al desarrollo de la sociedad.”⁹³ En consecuencia, la norma legal que limita o restringe a este derecho fundamental, debe contener disposiciones suficientemente precisas y válidas, para poder así afectarlo.”⁹⁴

No es casual que su naturaleza autónoma y deliberante, encuentre reparos en los órganos del Poder Público, con un excesivo control, para ponerlo en extrema situación

⁸⁹ Robert Alexy *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 282.

⁹⁰ Alfredo Chirino Sánchez, “Libertad de expresión y ley penal”, en María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, (Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011), 124.

⁹¹ Robert Alexy *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 286.

⁹² Alfredo Chirino Sánchez, “Libertad de expresión y ley penal”, 127.

⁹³ Damián Loreti y Luis Lozano, *El derecho a comunicar*, 33.

⁹⁴ Jesús María Casal Hernández, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, 118.

de riesgo; pero no debe olvidarse también, que si se cuenta con el soporte del rango constitucional y la fuerza legal subsidiaria, a través de la cual “la ley delegante o habilitante debe determinar parámetros concretos de contenido sobre los aspectos esenciales de la regulación,”⁹⁵ resultará aleccionadora la labor institucional legislativa y elevada en cuanto a efectuar una progresión real, en materia de derechos fundamentales.

1.3. El rol de de los medios de comunicación: públicos, privados y comunitarios, en la democratización de la comunicación.

Los medios de comunicación constituyen organizaciones, que tuvieron origen en la modernidad, y cuyo objetivo fue el de desarrollar la actividad de la comunicación de manera masiva, como ocurrió inicialmente con los medios impresos, para posteriormente, dar paso a una revolución significativa, a través de los instrumentos audiovisuales, digitales, y virtuales, a efectos del avance de las tecnologías comunicacionales, para dar cabida a la satisfacción a la gran demanda de usuarios.

La expansión de la imprenta haría posible un alentador desarrollo de los medios impresos, hecho que “posibilitó la integración de grandes grupos humanos, que recibían iguales informaciones y opiniones sin que sea necesario su agrupamiento en un solo sitio para hacerlo”;⁹⁶ algo que de por sí, representaba un suceso de grandes proporciones y sin precedentes, puesto que tenía un efecto transformador y activador del pensamiento colectivo. Eran muchos los que de a poco, accedían a la información, masificándose en número como receptores, a la vez que se masificaba diametralmente la información.

Miquel de Moragas vislumbra que los *medios de comunicación privados*, han sido adecuados en las sociedades de consumo, para “conseguir que la población mantenga un sistema de expectativas en sintonía con el *statu quo* dominante.”⁹⁷ Justamente de Moragas, pone de relieve las palabras atribuidas a Schiller, en alusión a que modernamente, los medios de comunicación estadounidenses se habían convertido en “un fenómeno de dimensiones internacionales,”⁹⁸ con repercusiones no imaginadas en la población, que fácilmente ha cedido a la quietud del adormecedor influjo

⁹⁵ Ibíd., 119

⁹⁶ Marco Navas Alvear, *Los derechos de la comunicación*, 75.

⁹⁷ de Moragas *Teorías de la comunicación*, 83.

⁹⁸ Ibíd., 82

ideológico, que los propietarios de los mismos, adscritos a los grandes intereses del capital, han estado ejerciendo sobre ese vasto público, oyente o visualizador, que condescendía sin mayor resistencia, a lo que arreglaba la élite dominante.

Y claro esa adjudicación de los monopolios privados en los medios de comunicación, no hizo sino afianzar y degenerar en una “concentración de la información en pocas manos, en la manipulación de la información y, por supuesto, en la expansión de la desinformación.”⁹⁹

Lo que no ha existido ni existe, es democratización en la propiedad de los medios de información, como tampoco en la actividad comunicante que transmiten. Los usuarios mediáticos de esa información homologada difícilmente pueden contrastarla o decodificarla, porque tampoco es que detrás de ésta, precede un proceso periodístico investigativo serio y consecuente, de ahí que lo que entregan los medios, sea un producto rápido de consumo, como lo es cualquier mercancía.

La opinión mediática elaborada por los medios ha tenido como puntal, la conformación elitista de una pequeña minoría “constructora de las grandes definiciones y significaciones de los temas nacionales [...] para posicionar verdades pero que no discute públicamente esas verdades con los otros.”¹⁰⁰ Y como no podía ser de otro modo, “el reemplazo de la realidad concreta por la realidad de consenso, está lejos de ser su propuesta, es el mundo creado por los medios de la cual ellos [...] hacen la crónica.”¹⁰¹

Es tal el influjo que el poder mediático ejerce en las personas, que “la selección de los objetos de consumo está en buena medida mediatizada por las orientaciones propuestas por los medios masivos de comunicación.”¹⁰² Sostener lo contrario es negar una palmaria vivencia de la realidad cotidiana, de sórdida penetración mediática en nuestra privacidad, a través de exigencias estéticas ideales, con parámetros arquetípicos

⁹⁹ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 49.

¹⁰⁰ Holger Córdova, *Derechos sin poder popular*, (Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos, 2013), 78.

¹⁰¹ César Ricaurte “Posmodernidad y comunicación: posibilidades, límites y experimentaciones”, en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores, *Comunicación en el Tercer Milenio: nuevos escenarios y tendencias*, (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001) 96.

¹⁰² Hugo Cormick “Juventud, consumos culturales y universidad”, en Roberto Marafioti, edit., *Culturas nómadas: juventud, culturas masivas y educación*, (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2ª ed., 1996), 92.

humanos contruidos artificialmente, de la imposición de modas y modelos de consumo que dicta el mercado; de ahí que se deduzca que esta no aceptación, invite a caer en un circunstancial e ingenuo distanciamiento frente a la implicancia de la fenomenología comunicacional multiforme, porque nuestra dependencia respecto del tema virtual de lo comunicable e informacional es inseparable, por consiguiente se hacen impracticables los reparos o discernimientos razonados en irrazonables justificativos de comportamientos ético-crítico-conductuales. Como rotula Ricaurte, “es como si existiera una relación inversamente proporcional: a mejores tecnologías comunicacionales más sensación de incomunicación y alienación tiene una persona.”¹⁰³

De esta aserción se desprende que el fenómeno comunicacional, se haya convertido a partir de los años 50, en un transmisor encomiable, de “las consignas político-culturales de la vida norteamericana y las excelencias de su libertad,”¹⁰⁴ tanto para los países que en ese entonces formaban parte de la órbita de Moscú, como para los países tercermundistas, que constituían el centro de la disputa de las relaciones bipolares.

No podía faltar desde luego, la asfixiante propaganda, irradiada por intermedio de la televisión y la radio especialmente, acerca del modelo de vida de la sociedad estadounidense, como prototipo referencial a seguir, con una versión manipuladora de la realidad, dado que los “medios de comunicación de masas son instrumentos insustituibles en la creación de este sistema cultural,”¹⁰⁵ ya que constituyen contornos reproductores de realidades virtuales, como también de virtuales realidades.

Con las modernas tecnologías de la información, es difícil saber si la realidad se asemeja a la ficción, o si la ficción es solamente una recreación de la realidad. Por ello, quienes hacen de la investigación mediática un oficio, aseguran que “uno de los rasgos más definitivos de la época contemporánea es justamente la producción desmesurada de información,”¹⁰⁶ gracias al arsenal tecnológico del que se dispone y con el cual se la puede expandir a discreción, hacia espacios ilimitados. Eso ha engendrado como

¹⁰³ Ricaurte, “Posmodernidad y comunicación: posibilidades, límites y experimentaciones”, 90.

¹⁰⁴ de Moragas *Teorías de la comunicación*, 85.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 87

¹⁰⁶ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis, *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 50.

resultante, que el contemplativo público destinatario, se sature, fatigue, o desordene; que ya no se sienta atraído por la estratagema de las múltiples ofertas informativas que se producen, sino que opte por arrinconarse, por desalinearse de ese riesgoso circuito desinformativo. “Esta confusión es siempre una virtualidad.”¹⁰⁷

La generación de episodios diversos de violencia, especialmente en la televisión, o la transmisión en imágenes de cuanto acontecimiento inverosímil ocurre o ha reproducido en los espectadores; la sensación de que el contenido del espectáculo, es parte integrante de nuestras vidas.

Aquellas escenificaciones, nos atraen, nos arrastran a acercarnos más a la indagación de esos hechos, a percibirlos de cerca, a causarnos obsesión incontenible por lo que se observa, pero sin un conocimiento objetivo; o nos desagradan hasta el punto, de querer apartarnos de esa información; en palabras de Mauro Cerbino, se trataría de “una especie de pornografización de las imágenes que combina exhibición y voyerismo y tiende a crear en los televidentes, simplemente una fascinación por lo que ven.”¹⁰⁸

Existe sujeción de los individuos a una alienante estructura discursiva propiciada por los medios de comunicación, en donde “el poder contiene formas de dominación comunicativa, la cual adquiere un estado de absolutización con el advenimiento de la estructura cultural de los medios de comunicación masiva.”¹⁰⁹

El sujeto es secuestrado en su conciencia, porque “esa condición de los medios de comunicación de masas termina por secuestrar la realidad.”¹¹⁰ Es el desasosiego moderno, que ineludiblemente absorbe al ser humano, suprimiéndolo como individualidad, y prodigándolo un discurso masivo, estructurado y prefabricado desde el enajenamiento y desde lo inconsciente, el llamado “pensamiento único,”¹¹¹ carente de contrastación y de contra- lecturas críticas, como estarían llamados a hacerlo, para objetivar la información que producen y recogen, para aproximar un encuentro entre

¹⁰⁷ José Laso “Pensar hoy el poder y los medios”, 89.

¹⁰⁸ Mauro Cerbino, “Medios de comunicación, sociedad y cultura”. , http://www.flacsoandes.edu.ec/comunicacion/aaa/imagenes/publicaciones/pub_169.pdf. Consulta: 22/07/2015.

¹⁰⁹ David Chávez “Las máscaras del poder,” 371.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 372

¹¹¹ Luis Dávila, “Alcances y límites de la radio,” en Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, edit., (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001) 465.

ciudadanos, en términos de horizontalidad, correspondencia y movilización conjunta, mas no una integración, en función a un avasallador avance de la homogeneización de la cultura.”¹¹²

Nos referiremos ahora a los *medios públicos*, como espacios comunicacionales germinadores de información, para todos los sectores, que por su naturaleza inherente al interés público, tienen una configuración de instituirse, en forjadores de una alternancia mediática educativa, formativa, compatible con la atención y visualización de los intereses sociales o comunitarios.

Ante todo, deben tener como basamento de su creación a la ley, que cumplan indefectiblemente con diversos elementos sociales de la participación, con énfasis en la proyección de programas, que evidencien las multiplicidades audiovisuales, la diversidad cultural, y la transparencia de su gestión e independencia con el Poder Ejecutivo o con algún tipo de Poder Público; que ante todo sean sujetos de rendición de cuentas.¹¹³ No de otra manera, su existencia se justificaría, pues la alternativa de los requerimientos mediáticos de la sociedad, bien pueden cristalizarse en “otros medios de comunicación no masivos de cuya eficacia y posibilidades políticas tenemos escasa experiencia y sobre los que ejercemos escaso control.”¹¹⁴

Los medios públicos, se presentan como una propuesta diferente, teñida del matiz de una pertenencia integradora en su dominio, ya que “lo público supera el concepto que lo identifica con el Estado, con lo publicable o con lo propio del espacio público.”¹¹⁵ Algo que implica además que pertenece a todos, y por consiguiente, debe precautelarse, como si la universalización del bien, fuera también individualizado. Los medios públicos, permiten que los grupos sociales adopten “una posición crítica y vigorosa de comunicación,”¹¹⁶ que pueda hacer frente a la alienación ideológica y cultural, a la homologación rectora de incidir en una única opinión, carente de

¹¹² *Ibíd.*, 465

¹¹³ Catalina Botero, “Libertad de expresión y radiodifusión”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, (Quito, Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, 193-241) 222

¹¹⁴ de Moragas *Teorías de la comunicación*, 92.

¹¹⁵ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis, *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 47.

¹¹⁶ de Moragas *Teorías de la Comunicación*, 93.

independencia y objetividad, “exigiendo nuevos planteamientos que hagan prioritario lo público sobre lo privado.”¹¹⁷

Las sociedades interiorizan un anhelo de movilidad, en condiciones de equidad que bien pueden traducirse en demandas y exigencias, que estarían plasmadas en una suerte de utopía de emancipación social,¹¹⁸ utopía que se la intenta trazar desde la réplica o la contestación, al alienante discurso de uniformidad instaurada en los valores comunicacionales dominantes, a partir de la industria informativa-comunicacional, de los medios de información, lo que ha desencadenado en varias naciones, como Brasil o Argentina, movilizaciones reveladoras en diversos sectores poblacionales, en demanda de que se promuevan leyes tendientes a contener, la fuerza impositiva de los monopolios mediáticos,¹¹⁹ manifestando que la priorización de la información de interés público, configura el pluralismo de voces, tan ausente ciertamente, en el concierto cotidiano de los medios tradicionales.

Para los medios de comunicación públicos, es de trascendental importancia, vertebrar opciones dialógicas entre los diversos grupos, como desvanecer el proceso de segmentación social existente,¹²⁰ entre los muchos grupos y colectivos (afros, indígenas, género, adultos mayores y más) a causa de la asimilación global, que recrea fragmentaciones humanas de distinta índole, como la de los jóvenes por ejemplo, a quienes se les ha confinado a la marginalidad y a nulas expectativas de progreso material y espiritual.

La acción social y pública de estos medios, estriba en hacer palmaria a la propia comunicación, porque “no hay nada más público que la comunicación, circunstancia que nos permite señalar que la comunicación es poner en común sentidos en su natural dimensión social”.¹²¹

Los medios públicos, deben hacer de la comunicación, un valor ciudadano permeable, acrisolados con una línea editorial independiente, a manera de un foro

¹¹⁷ *Ibíd.*, 93

¹¹⁸ Armand Mattelart, *Por una mirada-mundo*, (Barcelona: Gedisa, 2014) 236.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 238

¹²⁰ Hugo Cormick “Juventud, consumos culturales y universidad”. En Roberto Marafioti, Edit., y otros, *Culturas nómadas: juventud, culturas masivas y educación*, (Buenos Aires: 2ª edición, Biblos, 1996) 116.

¹²¹ Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 48.

explícito de rendición de cuentas, que registre permanentemente, la actividad de los gobernantes y no solamente, la representación propagandística unidireccional, de la tarea gubernamental.

Tener consecuencia social, implica, abrir la información pública sobre temas de interés público relevantes, evitando trivializar los contenidos informativos y las opiniones; por ello es que la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual 2004, mencionó que uno de los propósitos de la libertad de expresión, “es que exista una amplia pluralidad de la información y opiniones disponibles al público.”¹²²

Esto es incontestable desde luego, por la generosa retórica implementada, pero poco sustancioso, si no existe una adecuada intervención del Estado, para estructurar al mercado comunicacional, sujetándolo a control y regulación, desactivando a ultranza a los dispositivos monopólicos y oligopólicos, tanto públicos como privados, que ejercen rectoría en los medios de comunicación; porque si no se tiene cuidado en la asignación de licencias, para la operación de la televisión y la radio, en función de criterios democráticos y participativos de accesibilidad en la conectividad, añadido esto, a los compromisos privados de exclusividad concentradora, se corre el riesgo de perpetuar una única información y una única verdad, porque en la regulación y en el control, descansa el éxito que se tenga para fomentar la igualdad de opiniones y expresiones;¹²³ porque resulta inadmisibile que discrecionalmente, los medios decidan lo que se debe o no informar, y lo que no se debe o debe publicar como expresión, dejando en lo declarativo una vez más: el derecho ciudadano a la pluralidad informativa y de opinión.

Con relación al acceso a las frecuencias, se señala que su otorgamiento deberá hacerse a favor de los medios, que se identifiquen claramente con la información que recoja la percepción social de lo público, y que encuentre receptividad en la audiencia, a fin de que se fundamente los elementos de orientación, para la formación de su propia opinión; porque al asignar las frecuencias, el Estado decide cual es la voz que el público podrá escuchar durante los años venideros.¹²⁴

¹²² Ibíd., 149

¹²³ Ibíd., 148

¹²⁴ Catalina Botero “Libertad de expresión y radiodifusión,” 215.

Estas tareas son precisamente las que necesitan cumplirse, a manera de exigencia ciudadana y como garantía estatal, complementariamente; con sujeción en la ley y con procedimientos claros y transparentes, que eviten que a su vez, irrogar a los concesionarios: discriminaciones y arbitrariedades.¹²⁵

Los medios de información públicos son los canales de integración de los colectivos humanos, su existencia estructura las diversas formas del pensamiento y percepción de la expresión, por ello, su fortalecimiento es una aspiración de todos.

Refiriéndonos a los *medios comunitarios*, puede decirse que tuvieron su apogeo en América Latina, cuando en época de las dictaduras militares, los regímenes dictatoriales, tomaron el control del Poder Político, y como hallaron fastidio en las expresiones vertidas por los medios en general, en especial de la prensa escrita, se hicieron también del control de los mismos.

Como era de suponerse, las organizaciones sociales y el descontento popular generalizado, iniciaron la “resistencia cultural y política a las dictaduras, empezaron a utilizar otros medios de comunicación, como radios, periódicos comunitarios, producciones locales de video y teatros de barrio.”¹²⁶ Era la manera comunicacional de expresarse e interrelacionarse, de saberse existentes en el devenir cotidiano, y de esa forma, intercambiar otro tipo de información no visible.

El medio comunitario, como señala Andrés Garrido, “sería aquel órgano que expresa la posición y directrices ideológicas de un conjunto de las personas de un pueblo, región o nación, así como al conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes.”¹²⁷ A través de estos canales, las masas intentaron vincular lazos de comunidad, como dibujar una alusión ideológica, dirigida hacia los usufructuarios del Poder.

¹²⁵ *Ibíd.*, 216

¹²⁶ Elizabeth Fox “Las políticas de los mass-media en Latinoamérica”, en Elizabeth Fox, edit., *Medios de Comunicación y Política en América Latina*, (México: Ediciones G. Gilli., 1989) ,43.

¹²⁷ Andrés Garrido, “Medios de comunicación comunitarios y alternativos: ¿la transformación social imposible?,” <http://andresgarrido.com/wp-content/uploads/2012/10/Medios-alternativos-y-comunitarios-%C2%BFLa-transformaci%C3%B3n-social-imposible-A.-Garrido.pdf>. Consulta: 24/07/2015).

Para Frank La Rue, los medios de comunicación comunitaria, serían los diferentes servicios comunicacionales, no lucrativos, que persiguen distintas finalidades, como la de propender al bienestar y al servicio de una comunidad territorial de *carácter lingüística* u otra.¹²⁸

La gente empezó a transmitir sus mensajes de protesta, por medio de la radio y otras formas creativas de expresión; aprendieron a “manipular sus propios lenguajes, códigos, signos y símbolos, y adquieren poder para nombrar el mundo en sus propios términos.”¹²⁹ Era la forma comunicativa que sirvió de vehículo de unión entre los colectivos y grupos, carentes de poder y de reconocimiento oficial, a diferencia de los medios de comunicación privados, que prefirieron jugar y “juegan un papel doble: represivo y reproductor,”¹³⁰ porque revelan: verticalidad, imposición del poder a través de lo que se atribuye informar, con hechos “inducidos por la presencia o acción del medio, dirigidos al ojo de la cámara, impensables en otro marco que no sea la escena televisiva.”¹³¹

No es esta la esencia distintiva, de un medio de comunicación comunitario, que se opone a los hechos, y contrarresta con informaciones decodificadas. No tienen que ofrecer, lo que forzosamente debe instalarse a diario, como acontecimiento promovido y dirigido, como fuerza de la manipulación fáctica, que detenta los medios privados, porque no lo promueven con el móvil de la inmediatez o del consumo de momento, sino con conocimiento y reconocimiento de una territorialidad comunitaria, al margen de toda visión generalizada y superficial de los sucesos.

¹²⁸ Frank La Rue “Libertad de Expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, (Quito, Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011), 248.

¹²⁹ De medios alternativos a medios. Ciudadanos: trayectoria teórica de un término. <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/folios/article/viewFile/6416/5898>, 19. Consulta: 24/07/2015.

¹³⁰ José Laso “Pensar hoy el poder y los medios”, 87.

¹³¹ *Ibíd.*, 88

Capítulo dos

El ejercicio del derecho a la comunicación, con relación al servicio público, en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento

2.1. Análisis constitucional relativo al derecho a la comunicación.

El derecho a la comunicación re-significa el sentido de la pertenencia de quien comunica, hacia lo político, pues esta esfera le es complementaria, por vincular este derecho con aquello que es público, de suerte que “lo político no se distancia del acto de la comunicación, toda vez que tanto la primera como la segunda buscan entender, entre otros aspectos, el quehacer humano.”¹³²

Ciertamente que este derecho fundamental, previene que el contexto del espacio público, como ya se ha indicado insistentemente, es imprescindible para posibilitar su legítimo ejercicio, porque el imaginario social brota en el espacio que es común a todos, y ese espacio político o común, se reconstruye en el imaginario de lo social; de ahí que sea simétrico que “la sociedad diversifique el debate para la búsqueda de una conciencia pública, lo cual no pasa sin la necesaria democratización de las instancias donde se dispersa el diálogo público.”¹³³

La democratización institucional y el diálogo edificador de los diferentes actores, con sustento en un conjunto de principios constitucionales y normativos legales, hará posible una movilización del libre pensamiento y de la opinión pública, con alcances finalistas constituyentes, para condescender así, el ejercicio de los derechos de participación.

Conocido es que el derecho como tal, constituye un lenguaje comunicacional, y consecuentemente, guarda su locución en un constructo discursivo, al “establecer la

¹³² Luis Horacio Botero y Carlos Alberto Galvis *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 43).

¹³³ Holger Córdova. *Derechos sin poder popular*, 55.

forma de expresión que identifica al discurso jurídico,”¹³⁴ que es ante todo, comunicativo en lo referente al léxico transmitido.

El derecho a comunicar, se instituye en un pedestal fundamental de otros derechos. Marco Navas, afirma que “los derechos a comunicar son necesarios para garantizar otros derechos, como: el de libertad, los derechos políticos, los derechos de la naturaleza...].”¹³⁵ A lo que podríamos preguntar ¿cómo operaría esa garantía? ¿De qué manera garantiza la funcionalidad de otros derechos, para hacerlos efectivos y justiciables?

Respecto de la afirmación de los derechos a comunicar, como garantía de otros derechos, Luigi Ferrajoli señala “que el deber no exista, no supone que no debiera jurídicamente existir y que, por tanto, exista un deber jurídico de establecerlo, esto es, de cubrir la laguna generada por la falta de su introducción.”¹³⁶ Ferrajoli, que acoge la versión de Bovero, si bien menciona que existen dos tipos de garantías: primarias, que consisten en el deber de no lesionar un derecho y secundarias, sobre la aplicación de la sanción del juez,¹³⁷ deja la percepción de que subsiste cierta ambigüedad, para estimar que unos derechos, constituyen garantías para la realización de otros. Propone la funcionalización de esa garantía, añadiendo el deber jurídico de movilizarla por mediaciones accionables, ante los órganos de la justicia.

Podría entenderse que los derechos a la comunicación, información, participación y culturales, tendrían una articulación en la *deliberación pública*.¹³⁸ La Corte Interamericana se ha pronunciado favorablemente sobre la importancia que tiene la libertad de expresión, del mismo modo que la libre circulación de la información,

¹³⁴ Julián García Ramírez, *Entre derechos y deberes: El deber de solidaridad en el Estado constitucional*, (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012) 29. Ver además sus páginas siguientes (30-48), páginas en las que señala varias características de las cuales se compone el lenguaje normativo, así como la manera como se estructura el derecho, en sus aspectos: imperativo, coactivo, derogatorio y permisivo; tal como lo señala Kelsen, quien a decir del autor, el derecho expresa un lenguaje descriptivo, como también prescriptivo. Que el lenguaje jurídico, es un comunicante de juegos de palabra; que los enunciados normativos, encierran lo que alguien manda, o lo que constituye su voluntad (acto volitivo).

¹³⁵ Marco Navas Alvear. “La Constitución y teorías de la democracia: una aproximación desde los derechos a la comunicación”. En Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, Derecho y Justicia*, (Quito: Corporación Editora Nacional, Serie Estudios Jurídicos, Volumen 33, 2013, 191.

¹³⁶ Luigi Ferrajoli *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*, Perfecto Andrés Ibáñez y otros, trad., Volumen I, (Madrid: Editorial Trotta, 2011) 79.

¹³⁷ Ferrajoli *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, 79- 80.

¹³⁸ Holger Paúl Córdova. *Derechos sin poder popular*, (54).

dado que una participación equilibrada de las distintas informaciones en el debate público, auspician el *pluralismo informativo*.¹³⁹

Un aspecto considerativo dentro de la garantía de los derechos de acuerdo con lo concertado en la *teoría integrativa*, ampliada por Alexy, confluye en un conjunto de “enunciados universales, verdaderos o correctos”, dada su condición de *derechos fundamentales*.¹⁴⁰ Ellos integran nominativos comunes que los vinculan, uniéndolos, a pesar de su diversidad y diferenciándolos dentro de esa unidad, a razón de los valores y principios usuales que poseen.

El ensamblaje de derechos relativos a la comunicación que la Norma Constitucional afianza, revela “un modelo normativo articulado en varias dimensiones, correspondientes a otras tantas clases de derechos fundamentales.”¹⁴¹ La dimensión democrática, recoge la expresión misma de estos derechos, que según Ferrajoli, son parte de la democracia política, democracia civil, democracia liberal y democracia social, segmentos que prefigurarán el *garantismo*.¹⁴²

La sentencia de la Corte Interamericana, en el caso Ríos y otros vs Venezuela,¹⁴³ puso al descubierto que el Estado venezolano tuvo una actitud negligente, frente al resguardo que debía generar, ante la vulneración al derecho a la integridad personal de varias personas agraviadas, durante las manifestaciones ocasionadas en contra del régimen, atropello que menguó severamente a la libertad de pensamiento y expresión, como a las garantías judiciales y a la protección judicial, en contra de un grupo de comunicadores sociales. La Comisión señaló que el Estado es responsable de haber permitido tal transgresión al derecho a la integridad física de varias personas, como de no haber investigado diligentemente a los culpables y proceder con su correspondiente

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs Panamá. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de fecha 27 de enero de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf, párrafo 133. Consulta: 10 de febrero de 2016.

¹⁴⁰ Robert Alexy *Teoría de los derechos fundamentales*, 35.

¹⁴¹ Luigi Ferrajoli. *Podere salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Perfecto Andrés Ibáñez, trad., (Madrid: 2ª edición, Editorial Trotta S.A., 2011) 36.

¹⁴² *Ibíd.* 36.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ríos y otros vs Venezuela. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 28 de enero de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf

aprehensión y sanción, por utilizar armas de fuego durante dicha protesta social, cuando era su deber ineludible hacerlo.¹⁴⁴

La lectura jurisprudencial deja latente que el comportamiento estatal fue inapropiado, cuando un grupo de militares y agentes de seguridad, obligaron al canal de televisión RCTV a cerrar sus transmisiones, interviniendo directamente en las instalaciones de las antenas del canal, para impedir que éste pudiera informar con normalidad a la sociedad venezolana, haciendo uso de dicho canal, funcionarios del gobierno, para transmitir así la información oficial.¹⁴⁵

Esta situación fue cuestionada por la Comisión Interamericana, puesto que esta arbitraria actuación, supuso una restricción indirecta de los derechos a informar y a comunicar, generando con esto, una afectación sensible en el contenido de la información, al imponerse una distinta de la que debía comunicarse.¹⁴⁶ La Corte manifestó que para poder determinar si existió o no violación de los preceptos del artículo 13.3 de la Convención, el medio o la vía que debían afectivamente restringir la comunicación, como también la circulación de ideas y opiniones, debió ser perpetrado indirectamente.¹⁴⁷

La Corte manifestó que al producirse la interrupción de la señal de transmisión del canal RCTV, por parte de grupos militares de manera violenta, los hechos tendrían que ser probados; y en el caso referido a una grave alteración del orden público, se tornaba legítimo que la legislación interna permitiera la perturbación de la señal de dicho canal televisivo, “restringiendo legítimamente la libertad de expresión.”¹⁴⁸

El debate acerca de si era legítima la actuación estatal, en materia de restricción de los derechos a la comunicación, encuentra un análisis ponderado por parte de la Corte Interamericana, que sostiene que a efectos de mantener el orden público, no estaría impedida la opción de comprimir el ejercicio de fundamentales derechos, de manera indirecta, a fin de garantizar otros derechos ciudadanos de participación, para dar sustento al sistema democrático.

¹⁴⁴ Ibid., párrafo 69.

¹⁴⁵ Ibid., párrafo 362

¹⁴⁶ Ibid., párrafo 363

¹⁴⁷ Ibid., párrafo 380.

¹⁴⁸ Ibid., párrafo 385.

Los artículos 16 y 17 de la Constitución de la República, convocan mirar a la comunicación como un concepto altamente democrático, sostenido en un accionar discursivo de voluntades, que en conjunto decide en temas de interés social, “donde las preferencias y los intereses de las gentes pueden ser transformados a través del diálogo racional, de la deliberación colectiva”¹⁴⁹

Lo expuesto halla razones en el marco pluralista de una comunicación convergente como diversa a la vez, en la que p. ej., la posición oficialista de un gobierno admite la legitimidad del planteamiento opositor, que demanda un conjunto de pretensiones a consensuar; y en idéntica forma, la propuesta opositora que inadmite la imposición de un proyecto gubernamental inconsulto.

Dentro del contexto de los derechos a la comunicación, consagrados en los preceptos constitucionales de los artículos 16 y 17 de la Carta Suprema, se plantean desafíos inaplazables como: la accesibilidad en las distintas formas a comunicar, el acceso a tecnologías informativas y comunicacionales nuevas, la creación de medios de comunicación social, el uso de frecuencias con trato equitativo e igualitario, la utilización y aprovechamiento armónico del espectro radioeléctrico, así como la utilización de bandas para la explotación de redes inalámbricas, del mismo modo que la ruptura de monopolios en la propiedad de los medios y la libertad de información. Los contenidos de estas premisas normativas constitucionales, formulan alternancias comunicacionales como informativas múltiples, digeribles a través de una adecuada gestión mediática: pública, privada y comunitaria.

Los derechos a *la comunicación*, de acuerdo con lo formulado en los principios trazados en los artículos 18,19 y 20 inherentes al derecho a la *información*, documentan y recrean un derecho autónomo por excelencia, pero implícitamente congruente y complementario con el derecho a comunicar. Promueve ante todo, hacer de la información un vehículo veraz, oportuno, verificable y contrastable; un producto contextualizado, pluralista en cuanto a salvaguardar el interés público; un lugar de encuentro propicio y esencial para las personas, que de manera libre: produzcan, busquen, intercambien o difundan acontecimientos en forma responsable.

¹⁴⁹ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Barcelona: Editorial Ariel, 5ª reimpresión, 2010), 19.

No puede quedar ausente en la dinámica de la información, el elemento cultural, que tiene expresión múltiple en el espacio de todos. Bobbio, aludiendo a este tema y refiriéndose también a la asamblea popular, tradicional lugar de reunión deliberante del pueblo que decide los asuntos de su incumbencia, la imagina como una teatralidad cultural, como “un espectáculo público, donde precisamente hay espectadores llamados a asistir a una acción escénica que tiene lugar de acuerdo con reglas preestablecidas y se concluye con un juicio.”¹⁵⁰ Nada más descriptivo y elocuente, que esta representación cultural de la comedia.

En otro sentido, el tema educativo, cobra también trascendencia, cuando es capaz de revalorizar las tradiciones nacionales, cuando las afirma y las visibiliza. Palmario es a su vez, el sentido garantista que desarrolla el artículo 20 del texto constitucional, relativo al secreto profesional, a la cláusula de conciencia y la reserva de la fuente, cuando ampara la expresión y la opinión de quienes realizan el oficio de la comunicación, al difundirla a través de los distintos medios de comunicación social.

Los artículos 21 al 25 de la misma Carta Constitucional, así como también los artículos 377 hasta el 380, que tienen que ver con la *ciencia y la cultura*, con su libre creación artística y producción, su difusión, distribución y disfrute, se supeditan forzosamente a los derechos a la comunicación, toda vez que constituyen una representación internalista del pensamiento, de puntos de vista que el intelecto proyecta del mundo.¹⁵¹ No queda duda entonces, su vinculación divulgativa y comunicante.

Lo previsto en los artículos 61 y 95, sobre los *derechos de participación*, entre ellos: el derecho a elegir y ser elegidos, a participar en los asuntos públicos, a fiscalizar los actos del poder público, a acceder y desempeñar cargos públicos, a ser consultados, a solicitar la revocatoria del mandato otorgado a las autoridades elegidas, a presentar proyectos de ley, al sufragio y otros, hay que decir que la participación social siempre involucrará un ejercicio comunicador de derechos y deberes, porque “la sociedad es algo más que un conjunto relacional de individuos; es una misión de hombres en pos de su hacer común”.¹⁵² Participar es emitir un mensaje o una señal manifiesta de los

¹⁵⁰ Bobbio, *El futuro de la democracia*, José Fernández Santillán, trad., (Quito: Fondo de Cultura Económica, 5ª reimpresión, 2008), 95-6.

¹⁵¹ Barbarosch, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 25.

¹⁵² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 11ª ed., 2006), 87.

ciudadanos a los poderes públicos, en los que pretende exponer su conformidad o no con el conjunto de sus actuaciones y recibir en correspondencia: el deber de consulta y de rendición de cuentas de su gestión.

El artículo 66.6 menciona ya el derecho a opinar y a expresarse libremente, desarrollado con anterioridad y que constituye un fundamento básico del derecho a comunicar. El 66.7 postula el derecho que tiene la persona agraviada por pruebas inexactas, emitidas por los medios de comunicación a su inmediata rectificación, como a la réplica o respuesta, en un espacio concedido en el propio medio.

El derecho a profesar en público o en privado las creencias religiosas y a difundirlas, o lo que integra: el derecho a la libertad de conciencia, atribuible aquella “libertad de promover sus intereses morales, filosóficos o religiosos, sin que existan restricciones legales que les exijan participar o no en cualquier forma de prácticas religiosas o de otro tipo, y cuando los demás tienen un deber jurídico de no interferir.”¹⁵³ Es incuestionable que esta eventualidad comporta implícitamente una vinculación comunicativa entre las personas, a razón de que tiene el propósito de *difundir*: individual y colectivamente las convicciones de unos individuos a otros, con las restricciones impuestas a este derecho naturalmente. La libertad de conciencia al igual que la libertad de expresión, se encuentra “limitada por el interés común en el orden y la seguridad públicos.”¹⁵⁴

El 66.12, sobre la objeción de conciencia, esto es, un no acatamiento de una persona a un determinado mandato legal, porque supondría confluir en una oposición ideológica frente a sus convicciones personales; lo que rubricaría una forma de contestación hacia el poder, por medio de un canal comunicante y sugerente de motivos y razonamientos, que impiden tal obediencia.

El 66.18 sobre el derecho al honor y al buen nombre. Nos encontramos ante restricciones al derecho a la libertad de expresión, porque resulta inadmisibles “insultar o

¹⁵³ John Rawls, *Teoría de la justicia*, María Dolores González, trad., (México: Fondo de Cultura Económica, 10ª reimpresión, 2014), 193.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 202.

injuriar a otra persona, ello no impide el cuestionar sus actos o sus ideas, especialmente si ello es relevante desde el punto de vista del interés público.”¹⁵⁵

El 66.19 sobre la protección de datos personales, escenifica el bloqueo al sendero abierto de la libertad de expresión. La no intromisión en este campo netamente personal y privado de esta última, es una necesidad imperiosa, pues no es lícito “divulgar datos o informaciones sobre un tercero, y que conciernan exclusivamente a éste.”¹⁵⁶ Ejemplos concernientes hay muchos: hábitos de comportamiento, orientación sexual, preferencias ideológicas o políticas, y más, que no podrían ser públicamente expresables.

En idéntico sentido, hallamos dentro de las garantías jurisdiccionales, la acción de *acceso a la información pública* prevista en el artículo 91 del cuerpo normativo constitucional, como mecanismo protector que ha de ser interpuesto cuando la información pública requerida, fuere denegada expresa o tácitamente por parte de las Autoridades Públicas. Lo mismo puede decirse de la acción de *hábeas data* contemplada en el artículo 92 del mismo texto constitucional, que reviste ser una garantía instituida para asegurar la protección de los datos personales, el uso arbitrario o consentido de los mismos y su destino o utilización perniciosa, en lo que corresponde a una información sensible, que se encuentre sumergida en los distintos registros públicos y privados, tanto físicos como magnéticos y a los que solamente su titular tiene pertenencia.

Existe un catálogo innumerable de derechos consagrados en la Constitución, que omitimos incorporarlos, debido a la formidable extensión de su tratamiento, pero que tienen como denominador común los verbos: participar, incluir, acceder, buscar, comunicar, opinar, expresar, consultar, fiscalizar, transparentar, solicitar, movilizar, proteger, integrar, crear, desarrollar, y otros que generan interrelaciones complementarias y asociativas, que los vincula necesariamente entre sí.

A esta dogmática sustantivada, Luigi Ferrajoli la denomina como “derechos positivados de rango constitucional,”¹⁵⁷ puesto que se constituyen sobre el acto

¹⁵⁵ Héctor Fáundez Ledesma, *Los límites de la libertad de expresión*, 430

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 426.

¹⁵⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*, vol 1, 803.

normativo legal, como algo necesariamente imperativo, fundacional y superior, dado que, por razones de su producción y por los contenidos implícitos a su producción, encuentran posicionamiento en el deber ser del derecho o en el conocido: *ius constitutionalismo*.¹⁵⁸

Los derechos al igual que los principios constitucionales según lo enuncia la Carta Suprema en su artículo 11.6 son inalienables, irrenunciables, indivisibles,, interdependientes y de igual jerarquía. Sobre este último punto, Ferrajoli opina que la “jerarquía no existe entre los derechos secundarios de autonomía, tanto políticos como civiles, y los derechos primarios de libertad o los derechos sociales, todos igualmente fundamentales, universales e indisponibles por sus titulares.”¹⁵⁹

Antonio Pérez Luño, menciona que existe si, un posicionamiento de los derechos fundamentales, circunstancia que ha suscitado que la concepción individualista de los derechos subjetivos públicos, haya sido superada,¹⁶⁰ posibilidad que les ha dado una caracterización de contrapeso frente al Poder; algo significativo, que propone que para su “realización no basta la abstención del Estado, sino que se hace indispensable la movilización de los poderes públicos,”¹⁶¹ premisa incierta y poco probable, a razón de la insumisión imperante a la juridicidad, de los Poderes Administrativos Públicos pero exigible dentro de la proclama del ordenamiento normativo constitucional, debido a que “los poderes pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como Norma suprema.”¹⁶²

Los poderes deben ser controlados y consecuentemente, subordinados al mandato constitucional, pues responden a la voluntad soberana del pueblo, tal como lo dispone el artículo 204 de la Ley Suprema de la República, que manifiesta que “el

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 803

¹⁵⁹ Ferrajoli, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, 90.

¹⁶⁰ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (Madrid: Editorial Tecnos, 1999), 252.

¹⁶¹ *Ibíd.*, 252

¹⁶² Claudia Storini y Marco Navas Alvear *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, publicación No. 3, 2014) 18-9.

pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.”¹⁶³

Esta declaratoria permite conjeturar que el mandante soberano, es quien tiene la facultad de fiscalizar a su mandatario, a través del ejercicio democrático de la participación, pues por medio de la deliberación y de sus derechos vinculados, es como se ejercita una forma de empoderamiento, para concluir así que “el único poder verdaderamente soberano, es el poder constituyente.”¹⁶⁴

El poder constituyente deviene en una originaria potestad, como la denomina Ferrajoli, una noción “esencial para la explicación de los fundamentos del derecho positivo.”¹⁶⁵

La trascendencia internacional, adquirida por los derechos humanos a la comunicación, les ha conferido a estos derechos llamados también de *libertad*, la calidad de *universalidad*,¹⁶⁶ porque universal es su contenido normativo, y porque el conjunto de derechos, libertades y garantías que entraña, ha forjado en los mismos una prioridad establecida en constante proceso de reformulación discursiva como también reflexiva, puesto que dentro de la connotación de los derechos humanos la actividad de comunicar, de expresarse libremente ideas, de opinar, de producir, recibir, divulgar y acceder a la información y otros derechos relacionados, involucran una intermediación indefectible a la razón de ser de los derechos.

La libertad y la Autoridad Pública guardan un carácter de alianza dentro del constitucionalismo, ni la libertad asume un desbordamiento, ni la autoridad ejerce predominio, pues en una correcta estructuración del equilibrio subyacen las garantías y se solidifican, y “si las garantías no tienen efectiva realización, los derechos se desvanecen frente al crecimiento inusitado del poder.”¹⁶⁷

¹⁶³ Constitución de la República, Registro Oficial No. 449 de 20/10/2008.

¹⁶⁴ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*, 19.

¹⁶⁵ Ferrajoli *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*, 804- 5.

¹⁶⁶ Jan Sieckmann “Derechos humanos y autonomía”, en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, Dir., *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, (Buenos Aires: Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012), 634.

¹⁶⁷ Dromi, *Derecho Administrativo*, 132.

Miguel Carbonell detalla que “los peligros a la libertad no provienen solamente de los poderes públicos,”¹⁶⁸ entendiendo que los derechos de libertad, pueden ser violentados también por la sociedad en sí, estableciéndonos a seguir determinados comportamientos, costumbres, reglas o formas de existencia ejemplares; por ello es que menciona, que podría suscitarse ciertos modos de “*tiranía de la opinión* y sentimiento prevalecientes en una sociedad.”¹⁶⁹

En cuanto corresponde a los derechos a comunicar, una regulación vertida por acomodo de una ley orgánica, inclinada a ampliar estos cardinales derechos insertos constitucionalmente, bien podría tomar un giro diferente a aquel que se quiso establecer; provocando un retroceso a tal ejercicio, debido a una impropia categorización y a cierto desvío de poder. No puede decirse escuetamente que por constituir bienes jurídicos protegidos, tanto el segmento de la comunicación como de la información, éstas deban ser tratadas como “un ejercicio puro y simple de una actividad cuyo receptor indistintamente y por cualquier medio es el público.”¹⁷⁰ Debe proveérselos precisamente de ese condimento de autonomía indeleble, y ante todo, abstenerse el Estado de cualquier forma insana de intervención.

En concordancia con esto, Eduardo Barbarosch, cuando analiza la noción de libertad, encuentran dos distinciones: la libertad negativa, entendida como una prerrogativa que tenemos, para no ser interferidos en nuestras actuaciones; y la libertad positiva, asociada con la idea de *autonomía* que tenemos para participar o para poder regirnos.¹⁷¹ Si no se cumplen estos dos fundamentos, no obtendremos una idea clara de lo que representaría la libertad jurídica. Si no se materializa el elemento negativo, tampoco se materializará el elemento positivo.¹⁷²

Trascendiendo esta reflexión, la Corte se ha pronunciado sugiriendo que la Convención no solamente protege el derecho a expresar libremente el pensamiento y la opinión, sino que también se ocupa de proteger el derecho y la libertad para buscar,

¹⁶⁸ Miguel Carbonell, *Desafíos a la libertad en el siglo XXI*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2011), 46.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 47.

¹⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación. Caso 0014-13-IN y otros acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN, publicada en el R.O. No. 346, 2º Suplemento de 2 de octubre de 2014*, 9.

¹⁷¹ Barbarosch *Teorías de la Justicia y la meta ética contemporánea*, 81-2.

¹⁷² *Ibíd.*

recibir y difundir ideas e informaciones de variada naturaleza, aspecto que involucraría el sentido de lo autónomo y que se centraría en la libertad para ejercer el derecho a comunicar, sin menoscabo alguno, para gozar y beneficiarse de este derecho colectivo; lo que insinuaría: recibir información y reconocer también el pensamiento ajeno.¹⁷³

Expresarse supone la libertad para intercambiar ideas interpersonalmente, pero implica “el derecho de todos a conocer opiniones, relatos, y noticias vertidas por terceros.”¹⁷⁴

La Corte Constitucional ecuatoriana detalla que el *servicio público* es toda “actividad que se efectúa en beneficio de un conjunto de destinatarios quienes, por la existencia de un interés general o común, demandan la prestación de los mismos a los cuales les compete un régimen especial, dada la relevancia social que comporta.”¹⁷⁵

Señala que se trata de *prestaciones* que buscan satisfacer una necesidad de *interés general*, y esto es algo que no calza con la comunicación, que responde a una conceptualización diferente, que se halla distante de aproximarse a una prestación pública, tal como lo expresa la Corte Interamericana cuando manifiesta que los medios de comunicación desempeñan un rol primordial como “instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y expresión;”¹⁷⁶ nunca afirma que podrían officiar de prestatarios de un servicio público; y de idéntica manera corrobora que siendo el periodismo una actividad esencial para la irradiación de la libertad de expresión, “no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad.”¹⁷⁷

Lo dicho aquí, permite evidenciar que la declaratoria mediante acto normativo y su subsecuente constitucionalización por parte de la Corte, volatilizaría este fundamental derecho. La importancia de interpretar constitucionalmente guarda sentido, ya que la norma guarda en sí una significación, y esa significación “no es el presupuesto, sino el resultado de un proceso interpretativo.”¹⁷⁸ La norma jurídica tiene

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, párrafo 108.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, párrafo 110.

¹⁷⁵ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 57.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, párrafo 117.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, párrafo 118.

¹⁷⁸ Pérez Luño, *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*, 254.

una locución, que lleva implícita, un mensaje simbólico que emplaza a ser interpretado, con una base de apoyo en las razones motivadas que le asiste. “Argumentar es uno de los juegos, de los usos del lenguaje.”¹⁷⁹

La Corte intenta justificar en su fallo, que tanto las políticas públicas como los servicios públicos, “tienen la jerarquía de garantías constitucionales de derechos,”¹⁸⁰ y por tanto el aparato institucional y funcional del Estado, actuarían hacia esa finalidad garantista de los derechos.

La argumentación de la Corte Constitucional advierte de la directriz normativa de la Ley Suprema, que describe que por medio de una provisión excelsa de los bienes y los servicios públicos, se hará posible el Buen vivir y el conjunto de sus derechos, que integran el agua, el derecho a un ambiente sano y a la alimentación, “para llegar a los derechos a la comunicación e información.”¹⁸¹ Este fallo acoge el hecho de que por medio de los servicios públicos, podrá garantizarse una gama de derechos constitucionalmente establecidos; presupuesto que no es erróneo en su contenido, porque detalla que todos los derechos relativos al *Buen vivir*, son interdependientes y se corresponden; y dentro de estos derechos, la comunicación al igual que la información se hacen también indispensables para forjar el buen vivir, pero precisamente por esa calidad de derechos de la cual se encuentran revestidos, y no porque deliberadamente se deba atribuir tal como ocurrió con la comunicación, la de dotarla de una textura añadida de servicio público, al maquillarla de un doble reflejo sustancial (derecho-servicio público) para provocar así una híbrida noción, que coloca en el mismo nivel: una potestad pública, junto con una expectativa social de cumplimiento.

La norma jurídica encierra un carácter comunicador cuando representa asertivamente un mandato, una prohibición o una permisión; quienes imparten justicia y promueven su correcta realización, deben balancear firmemente cuanto deciden y cuanto aspiran a garantizar, desde el momento en que imparten esa decisión, de lo contrario se haría presente una especie de desencanto y frustración, en la ansiada satisfacción de derechos, desencanto que lo traduce Luigi Ferrajoli, al sostener que “la

¹⁷⁹ Atienza, *El derecho como argumentación*, 73.

¹⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 57.

¹⁸¹ *Ibíd.*, 58

democracia constitucional se caracteriza por ser el específico régimen jurídico que no podrá alcanzar nunca una plena auto legitimación.”¹⁸²

Manuel Atienza, previene que ocasionalmente cuando se produce un fallo argumentativo judicial, bien podrían resultar desplegadas razones explicativas, que no siempre serían justificativas¹⁸³ deduciéndose entonces que en el régimen constitucional y democrático, se suceden a menudo contradicciones que operan en el nivel no deseado de la jurisdicción constitucional.

No es entonces casual que en este punto, Barbarosch, insinúe que se tenga presente “un principio de justicia tendiente a incrementar el valor de la libertad,”¹⁸⁴ para que en esa dirección, las personas sean capaces de diseñar un plan de vida buena,¹⁸⁵ mediante la autorrealización y la autonomía, especialmente en cuanto se trata de intercambiar ideas y opiniones que se expresan con manumisión del pensamiento y sin injerencia de ningún tipo, pues comunicar desprende repudiar intermediaciones estatales, para continuar siendo lo que es: nada menos y nada más que un derecho.

2.2. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional, sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Comunicación, en lo concerniente a la comunicación como servicio público.

La Corte Constitucional considera que existen los fundamentos suficientes para proclamar a la comunicación como un servicio público. Su basamento tiene como plataforma de sustento, las disposiciones constitucionales del artículo 316 párrafo 2º, que trata de la delegación expresa que el Estado hace a la iniciativa privada, en lo que a sectores estratégicos y servicios públicos se refiere.

Considera que la declaratoria hecha en la Ley Orgánica de Comunicación, de concebir a la comunicación como *servicio público*, obedece al hecho de que tras el sentido normativo de los preceptos legales de los artículos 5, 71 y 84 concurre un interés general, plasmado en un beneficio que tendría que ser cubierto de manera

¹⁸² Ferrajoli *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*, Volumen II, (Madrid, Editorial Trotta, 2011) 301.

¹⁸³ Atienza, *El derecho como argumentación*, 99.

¹⁸⁴ Barbarosch, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 83.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

indirecta por parte del Estado, es decir, por los medios de comunicación, quienes harían las veces de suministradores de esta prestación. La Corte destaca la relevancia social que el hecho comporta”.¹⁸⁶

Luis Fernando Torres, demandó en audiencia pública de 18 de marzo de 2014, el hecho de que la Constitución, en ninguno de sus artículos, permite convertir derechos en potestades públicas, como sería la tal fijación de servicio público. Este argumento fue corroborado por Diego Cornejo Menacho, procurador común en la acción No. 0023-13-IN, foja 23 vta., adujo también, que según lo establecido en el artículo 314 de la Constitución, los medios de comunicación social, no prestan servicio público, tomando como referencia estos preceptos constitucionales antes indicados, puesto que este artículo, establece claramente, cuáles son los servicios públicos que presta el Estado.

Este órgano de control e interpretación constitucional, respondió el argumento del legitimado activo, Luis Fernando Torres, en la demanda No. 0014-13-IN, foja 10 vta., quien había manifestado que según lo dispuesto en el artículo 314 de la Constitución, indicando que si bien el Estado no tiene a su cargo, la prestación del servicio de la comunicación, son los medios de comunicación, los que se encuentran prestando el servicio público de la comunicación a la colectividad.

El fallo de la Corte señala que tales aseveraciones carecen de basamento, toda vez que el constituyente detalló de manera no taxativa, cuáles son los servicios públicos que el Estado presta, el marco constitucional, genera una esfera enorme de actuación, para el desenvolvimiento de los servicios públicos, propósito que no se opone a que la Asamblea, a través de la facultad delegada, incluyera otros servicios públicos distintos de los constitucionalmente establecidos, debiendo aquellos ser creados mediante ley, lo cual convoca a los legisladores a observar, los principios de la Norma constitucional, para a su vez, y regirse a las mismas reglas constitucionales y legales establecidas de manera general para los servicios públicos.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 57.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 56

Lo reglado constitucionalmente, indica el fallo, “considera la posibilidad de que el Estado delegue la prestación de aquellos servicios a la iniciativa privada en los casos que establezca la ley.”¹⁸⁸

Para la Corte, el servicio público, reviste ser una actividad que el Estado efectúa para beneficio de un conjunto de destinatarios, puesto que posee la implicancia de un interés general, y reviste ser, de relevancia social.

Doctrinariamente servicio público es la “prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario.”¹⁸⁹ El autor añade a esta definición, que se trata de una función de las tantas que el Estado posee, que la ejecuta directamente o por intermedio de terceros, estando ésta bajo un régimen de fiscalización estatal.¹⁹⁰

Se dice que éste concierne una organización estatal, para posibilitar una realización del interés general.¹⁹¹ Y ese interés general encuentra adaptación a una organización jurídica de recursos y medios, acordes a una necesidad social, que “se materializa a través de una estructura (organizativa) y de un conjunto de reglas y principios que hacen posible, o cuando menos pretenden hacer posible, la realización de las finalidades propuestas.”¹⁹²

Conviene en este punto distinguir cuanto dice Cassagne, respecto de la cobertura estatal para la ejecución estas prestaciones, lo mismo que sobre determinados beneficios útiles para la población cobijados por el accionar de la Administración Pública, en cualquier actividad que dirigida a motivar el bienestar material. Cassagne enfatiza el error en el que incurrió la Escuela de Burdeos, al “suponer que el servicio público podía ser capaz de absorber toda la actividad del Estado y aun de los particulares, diluyendo las energías y capacidades que surgen de la propia sociedad, mediante una teoría autoritaria que transformó al Estado en una gran cooperativa de servicios públicos”.¹⁹³

¹⁸⁸ Ibid...

¹⁸⁹ Dromi, *Derecho Administrativo*, 823.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 48.

¹⁹² Ibid., 48.

¹⁹³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª ed., (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 491.

Una opción muy riesgosa, por así decirlo, que en su momento lo advirtiera Hauriou, tal como lo reproduce el autor citado, y que aquella visión intervencionista, no iba a traer sino la *estatización*¹⁹⁴ y la desidia, de cuanta asistencia pudieran hacer los particulares, que en muchos de los casos no siempre sería inadecuada, en virtud del soporte competitivo; lo que quiere decir que en ocasiones la disposición implementada, que busca dar otro direccionamiento a esa actividad, no necesariamente deba ser sostenida como un servicio público.

La Corte Constitucional, al desarrollar su fallo, se remitió a lo previsto el artículo 316 de la Ley Fundamental, interpretando que el Estado delega la prestación de esos servicios públicos a los particulares o a la iniciativa privada, por tanto afirma, que lo dispuesto en los artículos 5, 71 y 84 de la Ley Orgánica de Comunicación, desde la perspectiva constitucional, tienen plena validez y legitimidad al no contravenir los preceptos constitucionales de los artículos 314 y 316 de la Constitución de la República.¹⁹⁵

A criterio de la Corte Interamericana, el ejercicio del periodismo entraña una misión primordial, dentro de la transmisión e intercambio social del pensamiento, las ideas y la opinión; los medios de comunicación social operan a manera de catalizadores dentro del movimiento representativo e ideológico de ese conjunto dimensional de la expresión humana, convirtiéndose en aparejos esenciales que dan brillo a la libertad de pensamiento y expresión.¹⁹⁶

Pero lo reproducido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, cuando explica que al constituirse la actividad del periodismo en una muestra primaria y trascendental de libertad, “no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público...].”¹⁹⁷ Esto no sería compatible alega, con una labor que pretende redimir la libertad de expresión.¹⁹⁸

Retomando con el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, la Corte opina que a los asambleístas les asiste el derecho y razones

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 492

¹⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 57.

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, párrafo 117.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, párrafo 118.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

fundamentales, para haber interpretado que la comunicación comprende una prestación pública. Señala que los derechos al limitar y vincularse con el poder público, dan lugar a que el Estado ejecute mecanismos de acción y abstención, y claro esa obligación estatal, será ejecutada en el primer caso para precautelar derechos y en el segundo para establecer restricciones a los derechos y permitir su mejor funcionamiento, algo según dice, es aplicable al derecho a la libertad de expresión.¹⁹⁹

Como se ha de suponer, la Legislatura, dentro de su actividad constitucionalmente delegada, habrá dado otro paso idílico y laudable, al evidenciar su misión, en el descubrimiento de un nuevo servicio público.

Juan Carlos Cassagne, da un recuento interesante acerca de los llamados servicios públicos entendidos así, por parte de los economistas y que tendrían aplicación en distintas actividades, como la “hotelera, o los negocios de restauración, los cines o establecimientos recreativos, el deporte y el ejercicio de las profesiones no colegiadas, son actividades perfectamente libres, en las que la regulación debe ser mínima (simple de policía administrativa) y de interpretación restrictiva.”²⁰⁰ Pero en el presente caso, lo que prevalece, es una posición poco razonable en motivos y descargos, con supuestos ambiguos que poco tributan en materia de derecho administrativo, para lo que se pretender implementar.

Se encuentra a la sazón, “genéricos apoderamientos legales a favor de la Administración y una tendencia a la interpretación extensiva de las limitaciones.”²⁰¹ Y como se sabe, la interpretación extensiva, se encuentra desterrada del derecho público.

Es esclarecedor cuanto sostiene la Corte, acerca de que el aparato estatal se instaure como estandarte garantista para sustentar a los derechos. Eso es, lo que debe propiciar en beneficio de los derechos a la comunicación, pero a través de la abstención, como oportunamente lo argumenta, previniendo un daño futuro y una violación evidente de un derecho fundamental, al que pretende darle doble significación: derecho y servicio público.

¹⁹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 59.

²⁰⁰ Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005) 18.

²⁰¹ *Ibíd.*

Se pretende advertir que el legislador, guiado por esa potestad constitucional delegada, tiene el camino libre y discrecional, para determinar que se instituye como un servicio público, con la sola estimación de que existe una intensa demanda general o que reviste ser de interés social, algo que se traduciría en una suerte de interpretación extensiva, que se dispersa de lo reglado dentro de los cánones del derecho público. La pregunta que surge es: ¿hasta dónde es cierto que el Estado prestador del servicio de la comunicación, o delegatario, puede cubrir las necesidades públicas o comunitarias, de lo que debería ser: una comunicación responsable, transparente y democrática, que genere calidad y satisfacción en la colectividad?

La Corte Constitucional insiste en que la comunicación alberga un interés colectivo y que los medios en general, entregan el servicio público a la colectividad. Las personas acceden al bien público de la información, pero difunden a su vez pensamiento.²⁰² El fallo de los jueces constitucionales advierte que no se presenta ninguna contradicción en los preceptos jurídicos sobre “la doble dimensión de la comunicación en tanto derecho, y a la vez servicio público prevista en la Ley Orgánica de Comunicación, pues estas dos dimensiones actúan de forma correlativa y complementaria.”²⁰³

Esta *doble dimensionalidad de los derechos*, añade, no es nada nuevo, pues la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-1089/12., se pronunció acerca del agua, como derecho imprescindible de realización de otros derechos, como la salud, vivienda y saneamiento ambiental; reconociéndolo la jurisprudencia colombiana, dada su capital importancia, como servicio público estatal, el mismo que deberá ser provisionado por el Estado, para asegurar el derecho de todos a su pleno goce y satisfacción.²⁰⁴

Este análisis nos deja la duda de que si p. ej., decide el legislador que el derecho a la alimentación constituye un servicio público, tendrá que declarar a los agricultores, intermediarios, dueños de las cadenas de supermercados, restaurantes y sitios de comidas, como prestatarios indirectos de este servicio público. Lo mismo aplicaría en el

²⁰² Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación* ,60- 1.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*,61

caso de la vivienda, a los consorcios constructores de los conjuntos habitacionales, como delegatarios prestacionales, dado que el derecho a la vivienda, integra la matriz ideológica del buen vivir; por tanto la construcción y venta de viviendas, deberá ser considerada como un servicio público.

Esto no sería ajeno tampoco a los derechos culturales y sus distintas expresiones. Por así citarlo: artistas, escritores, músicos o dramaturgos, pasarían ser servidores públicos o prestatarios privados de servicios públicos, porque esa facultad legislativa tiene el asambleísta y no porque precedan justificativos razonables, que tengan sustento argumentativo lógico- jurídico y hasta una cierta dosis de sentido común, en quienes descansa la representación ciudadana, a cuenta de que el constituyente les proporcionó dicha facultad delegada, tal como sostiene la sentencia.

Sería oportuno recoger lo dicho por Alberto Montaña Plata, sobre las finalidades que representan el interés general, ya que las mismas “no pueden caracterizarse en abstracto, esto es, obedeciendo a una u otra ideología o inspiración, sino [...] prestando atención a su positivización”.²⁰⁵

No puede pues, la emoción ideológica imponerse a razones lógicas, como reales para determinar que esto o aquello, constituye una prestación de un servicio público, que supuestamente la sociedad demanda. Las administraciones públicas deben por convicción, comprometerse con dotar afirmativamente, de los medios necesarios, para que la población mejore su calidad de vida y efectivice sus derechos económicos, sociales y culturales, pero no de manera impuesta, artificial o adulterada, sino con basamentos fácticos y normativos verosímiles; atendiendo con acierto a la necesidad colectiva.

El mismo autor indica que los principios constitucionales inmutables en la Carta Política, se revelan como proposiciones que pueden ser vistas como “conceptos políticos y jurídicos de amplia difusión y fácilmente comprensibles al menos en sus aspectos más generales”.²⁰⁶ Esto propugna a considerar el cómo estos postulados, enrumban el sendero a transitar, pero no necesariamente para materializar los principios en concreto, sino para interpretarlos en su mejor sentido y aplicación.

²⁰⁵ Alberto Montaña Plata *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 48.

²⁰⁶ *Ibíd.*, 52.

La posición que asume la Corte Constitucional, sobre esta declaración legislativa, acarrea una *dualidad* que no buscó precisamente satisfacer el interés general, sino configurar una obstinada tesis legislativa, que carente de una reflexión enmarcada en el contexto de la Ley Suprema, confirma un presupuesto infra-constitucional, inexistente en la Carta Suprema, que en ninguno de sus articulados preceptúa que el acto de comunicar sea un servicio público.

Pero a diferencia del agua, la comunicación, no requiere forzosamente que sean los medios de comunicación, los prestatarios para lograr que tenga funcionalidad el derecho a comunicar. Las personas tienen variadas e imaginativas formas de comunicarse, y en estos tiempos cuando la irrupción de los medios tecnológicos de internet, con la complementación de las redes sociales ha concedido a las personas amplias opciones comunicativas para producir, buscar, recibir y difundir de manera independiente, cuanta información renovada y pluralista ha sido ofertada y requerida.

Comunicarse por estos medios, es la forma cotidiana y usual de ser parte de esa estresante anomia expansiva de los flujos de información y divulgación del pensamiento. La ciudadanía se siente expectante en su navegación por las redes virtuales. Es “esta anarquía de las redes lo que las convierte en el espacio natural de la democracia directa”.²⁰⁷

Es tanta la información que se procesa a través de estos espacios interactuantes, que sus usuarios, bien podrían prescindir de los medios de comunicación, porque cuentan con una información alternativa e inmediata para efectivizar sus derechos; y a decir verdad, esa sería una razón para descartar a las organizaciones que conforman los medios de comunicación, como prestadores o delegatarios de un servicio público impropio, otorgado mediante autorización expresa del Estado ecuatoriano.

El tema de las enmiendas, propuesto por la mayoría oficialista de los Asambleístas de País, ha tenido como propósito, según se ha dicho, reformar la Constitución a fin de beneficiar a sociedad, sin que esto signifique *alterar la estructura constitucional*, ni tampoco *restringir los derechos y garantías* de los ciudadanos. En este sentido la Asamblea Nacional envió a la Corte Constitucional, el 31 de octubre de

²⁰⁷ Ramón Orza Linares. “Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y nuevos derechos fundamentales,” 257.

2014, un paquete de 17 enmiendas, para que este órgano de interpretación y control constitucional, proceda a calificar su constitucionalidad. La Corte señaló que 16 enmiendas tenían conformidad y apego constitucional, por lo que dispuso su respectiva tramitación.²⁰⁸

El tratamiento y socialización de las mismas a nivel de las 24 provincias, ha provocado desacuerdos y hasta tensiones entre la oposición y el oficialismo, debido a que las mismas, según han asegurado las opiniones opositoras, “fortalecen la estructura estatal y menoscaban los derechos de los ciudadanos, dentro de una concepción estatista de la relación entre el Estado y la sociedad civil.”²⁰⁹

Lo que se ha planteado como dictamen de la Corte, en lo tocante al tema de la comunicación, ha sido muy amplio y condimentado de persuasiones inacabadas de garantía de derechos como de obligaciones estatales. El dictamen ha expuesto que por ningún motivo existirá restricción de derechos, y sí, la posibilidad real de que éstos se amplíen al amparo constitucional; y en el caso específico, se ha enfatizado que se fortalecerán los derechos a la comunicación y de la información, de manera inclusiva, participativa, intercultural, libre.

El dictamen ha enarbolado programar institucionalmente una información: veraz, verificada, oportuna, contextualizada, sin censura previa en el caso de los acontecimientos de interés general y con una buena dosis de responsabilidad ulterior, como corresponde. Precisamente en esta materia se han reseñado los procedimientos seguidos por la Asamblea, que según afirma la Corte Constitucional., validarían constitucionalmente el ejercicio de la comunicación como un servicio público,²¹⁰ estipulación que ya existe en el contenido de la normativa legal de la Ley Orgánica de Comunicación, pero que ha estado ausente de los preceptos normativos de la Constitución de Montecristi de 2008.

²⁰⁸Ver: Asamblea Nacional, *dictamen enmiendas constitucionales*. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/archivos-sobre-enmienda-constitucional>.

²⁰⁹ Torres Cobo “La comunicación según la Corte Constitucional del Ecuador”. En Luis Fernando Torres, edit., *Debate constitucional con jurisprudencia*, (Quito: Editora jurídica Cevallos, 2015), 34.

²¹⁰[http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacional/nameuid-28/DICTAMEN 20ENMIENDAS%20001-14-DRC-CC.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacional/nameuid-28/DICTAMEN%20ENMIENDAS%20001-14-DRC-CC.pdf)

La sentencia emitida por la Corte Constitucional, ha sacado a relucir el artificio de que existen derechos que forman parte de los sectores estratégicos, como el agua, que a más de ser parte de ese sector, a su vez se encuentra dentro del régimen de los servicios públicos.²¹¹ Ha dicho que los servicios públicos pueden o no pertenecer a un sector estratégico, identificando el derecho a la educación, junto con su régimen de servicio público para hacer posible un beneficio colectivo.²¹² Dice además que el haber categorizado a la comunicación como servicio público, tiene el aval de la interpretación constitucional y convencional de dar a entender que el Estado, tiene el deber de crear el ambiente apropiado, para hacer posible el traslado de ideas, a fin de dar sostenimiento al sistema democrático.²¹³

La comunicación no puede subordinarse a ser objeto de una prestación pública, porque si fuese así, constituiría un entramado forjado sobre la base de una infraestructura adaptada de recursos, para hacer posible una determinada consecuencia; o de manera análoga: una intermediación humana organizada de cariz utilitario, erigida para promover y auspiciar una finalidad o bienestar colectivo.

Conviene entonces, atender a lo establecido en las propias disposiciones constitucionales, previstas en el *Régimen de Competencias*, instituido en los artículos 260 y 261.10 de la Constitución, que rotulan sobre qué es lo que podría deducirse como un medio, para generar un servicio público a concesionarse, como sería el caso del *espectro radioeléctrico*, recurso energético necesario y fundamental que efectivamente vendría a constituirse en un servicio público, porque a través de las telecomunicaciones, la administración pública estatal, ansía cubrir una necesidad colectiva y pública por excelencia, bajo un régimen jurídico de derecho administrativo y que tiene ante sí, el interés general de satisfacer un fundamental *derecho colectivo a la comunicación*.

²¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 68.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

Capítulo tres

Argumentaciones jurídicas sobre la improcedencia del derecho a la comunicación como servicio público.

3.1. Fundamentos problemáticos del derecho a la comunicación como servicio público.

El artículo 260 de la Constitución de la República, subraya que la prestación de un servicio público, constituye una *gestión*, y está claro que el Estado es depositario de las competencias exclusivas, según este artículo, puede concesionar a personas particulares el uso del espectro radioeléctrico y el régimen general de las comunicaciones y telecomunicaciones, así como lo afín a los puertos y aeropuertos. Se dispone entonces, autorizar la operatividad y la concesión de las frecuencias junto con el control y la regulación de esos medios tecnológicos, que por razones de soberanía, seguridad nacional y defensa, se reserva el Estado su *exclusividad*.

El *sistema de comunicación*, previsto en el artículo 384 de la Suprema Ley, procura y suscita que se aseguren sustantivamente los derechos a la comunicación, a información, así como la libertad de expresión, poniendo a su disposición distintos medios, normativas y recursos; pero de ahí a sostener, fuera de toda apreciación fundamentada y lógica, que los derechos a la comunicación cumplen una doble dimensión: como derechos y como servicio público, comparable con la provisión del agua, que garantiza en otros derechos, es porfiar en un argumento infecundo y poco convincente.

David Chávez señala “el poder lleva puesta una máscara, puede cambiarla muchas veces, pero siempre tiene una;”²¹⁴ premisa muy importante a destacar, en el sentido de que el Poder Público no admite a satisfacción la irreverencia y menos la detracción de la palabra o de la opinión libre o la crítica, pues aunque las proclame abiertamente, como blasones de lucha y libertades democráticas, siempre los verá con cautela y como obstáculos para representarse y representar, como intentar mantener su posición imperante en la sociedad.

²¹⁴ Chávez “Las máscaras del poder”, 367.

No es inopinado aseverar que se proyecte forjar un inacabado régimen interventor, que establezca unos condicionantes tales como mirar a “la sociedad constituida como un sistema absolutamente organizado, en el cual el control social se despliegue por sobre todos los sujetos y les defina su capacidad de acción social.”²¹⁵ El poder diseña el control social, pero se resiste a ser diseñado en la misma esfera social del control.

Un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recoge lo dicho por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, sobre varios señalamientos respecto de la situación de Venezuela,²¹⁶ en los que ha advertido que ciertas expresiones vertidas por altos funcionarios públicos de esa nación, podrían guardar implícitamente un menoscabo amedrentador, tanto para periodistas como para los medios de comunicación social, especialmente para la prensa, al impedir que ésta sea un territorio relevante para el debate público y para la circulación de ideas y opiniones²¹⁷

Entra en esta objetivación la visión problemática de los servicios públicos, “en actividades que antes no se consideraban como servicio público y que implicaban una actividad de la Administración Pública en condiciones similares a las de los particulares.”²¹⁸ Y es que no toda la actividad de la Administración, ha de ser tenida en el contexto de los servicios públicos, a la manera como sostenían los representantes de la Escuela de Burdeos,²¹⁹ que identificaban exclusivamente, “el campo del derecho administrativo con el del servicio público,”²²⁰ visión estrecha, si se pondera el extenso marco de producción de este derecho.

Consiguientemente, dentro de la fenomenología de la Administración, todo puede acaecer, matizarse una inferencia en los fueros de la generalidad inmotivada con poca presencia de nitidez, pero sí con mucha opacidad, con un componente enorme de discrecionalidad, a lo que habría que añadir, una suerte viciada de arbitrariedad y

²¹⁵ Ibíd. 368.

²¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ríos y otros vs Venezuela, párrafo 123

²¹⁷ Ibíd.

²¹⁸ Montaña, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, (146).

²¹⁹ Diego Younes Moreno. *Curso de derecho administrativo*, (Bogotá: Edit. TEMIS, 8ª ed., 2007) ,229-30.

²²⁰ Ibíd., 229.

penetración ilegítima en las distintas esferas de la actuación colectiva, tal como ha ocurrido con el tema de la comunicación, que ha sido ensombrecido de la directriz constitucional, en su contexto deliberativo y de libertad democrática, centrando su atención atributiva, en el control para dejar de lado, “la realización de unas finalidades, que llevan consigo la búsqueda de una justicia social,”²²¹ ocasionando un extravío en su accionar, al interpretar que el interés general es el que su égida de actuación lo ha instituido, y no lo que el sentir participativo debería instituirlo.

Tampoco es que nos opongamos a una regulación, en el caso que nos compete, y que sería una resultante con aquella que debería convenirse en los medios de comunicación, puesto que “el objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas cuanto proteger a la sociedad en aquellas actividades que resultan esenciales para su vida y bienestar.”²²²

Sobre este punto, la Corte ha exteriorizado su pedido acerca de la obligación que tienen los Estados parte de garantizar los derechos establecidos en la Convención, lo cual involucra poner al servicio de la colectividad cuanta organización de medios sea necesaria.²²³ Insta a poner en movimiento todo el aparato gubernamental inclusive, y “todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²²⁴

Y si de lo que se trata, es de normar a un poder, como el mediático, que ha tenido poca sintonía relacional con el interés público, lo auspicioso sería adecuar una efectiva regulación, lo mismo que formas de control efectivas y debidamente justificadas, porque se precisa de la vigilancia, y desde luego, de un control ciudadano interviniente, no solamente a través del acostumbrado “control del Estado sobre el Estado en las referidas dimensiones administrativa, política y judicial,”²²⁵ sino

²²¹ Montaña, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 151.

²²² Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, 20.

²²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ríos y otros vs Venezuela, párrafo 137

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Marco Navas Alvear. “El derecho a fiscalizar los actos del poder público en la Constitución ecuatoriana”, en Guillermo González Oquera y Yuri Pérez Martínez, coords, tomo 2, *Participación Política Reflexiones desde el Sur*, (Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2014) 7.

fomentando el control y la fiscalización de la colectividad, tanto en dirección del titular estatal como del prestatario impropio.

Por eso es que los servicios públicos, tienen que ser racionalizados en su concepción, tanto desde la vertiente objetiva, como desde la vertiente subjetiva, y para ello se cristaliza la autoridad en la cual descansa la Administración Pública, como aspecto que “distingue el servicio público en sentido subjetivo y objetivo.”²²⁶

La Administración Pública, es quien tiene la responsabilidad de proporcionar servicios apropiadamente, pero que al hacerlo, se ha de reconocer a su vez, que las prestaciones públicas, encierran “los fines sociales del Estado y una actividad de esencia económica,”²²⁷ que necesita ser capitalizada y que probablemente no puede efectivizarla el Estado aunque se la reserve, pero tiene ante todo, el deber irrenunciable de abastecer esa necesidad, por cualquier medio privado disponible; porque se aborda ya, una integralidad de derechos, denominados de segunda generación, como son los derechos económicos, sociales y culturales, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, compromete a los Estados suscriptores, a adecuar diversas medidas técnicas como económicas, afirmando que a la “obligación de progresividad asumida por los Estados, surge una obligación de no regresividad.”²²⁸

Algo notable como puntual, en materia de derechos constitucionales, que da la pauta para que se vinculen estrechamente: los fines y los deberes inherentes a la efigie estatal.²²⁹

No debe perderse de vista, la libre competencia o la libertad económica de los particulares y el fomento que se debe prodigar, sin que signifique esto que quede de lado el establecimiento de límites, especialmente cuando se origina una posición dominante de mercado, en cualquier actividad; pero en cuanto al tema de la

²²⁶ Montaña, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 159.

²²⁷ *Ibíd.*, 93.

²²⁸ Julián Daniel López y Lina María García. “La Obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos en Colombia”, en Javier Celis Gómez, coord., *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI*, tomo 6, (Bogotá: Edit. TEMIS., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010) 231.

²²⁹ Montaña, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 94.

comunicación e información, el asunto es diferente pues, “no se puede hablar de los límites para informar, si no hay derecho a informar.”²³⁰

Es preciso adjudicar que ese derecho está ahí. Que el derecho a informar no es una simple expectativa, que el aparato estatal decide o tiene exclusividad, para marcar los señalamientos funcionales o los dispositivos previos, que enrumben su curso a seguir.

Lo mismo puede decirse de derechos a la comunicación, de manera mucho más genérica a razón de que son intrínsecos al quehacer humano, derechos a través de los cuales, la sociedad se construye y reconstruye en su sensibilidad humana. Existen y son esenciales porque el obrar humano es fundamentalmente comunicable, pero no dependen de la rectoría que el Estado quiera darles para confeccionarse y permanecer.

Tampoco es que se pregone que concurra una actitud inercial por parte de los órganos del Poder Público, ajena y distanciada de lo que le guían los principios constitucionales, sobre como ampliar la libertad de opinión o la libre expresión, para su cotidiano ejercicio participativo y de solidaridad de grupo, teniendo como referencia agregada: el interés general de los consumidores.

A partir de allí, postularemos limitaciones objetivas y subjetivas a la comunicación, entendidas como derechos, a repercusión de que “los límites objetivos derivan de la naturaleza de la comunicación considerada en abstracto, sin tomar en cuenta nada más.”²³¹ Dentro de lo que se atribuye a las nociones subjetivas, éstas detallan “cuáles son los derechos de los sujetos implicados en cada comunicación.”²³² Estos principios están dirigidos a no permitir que determinada información se divulgue, porque el permitirlo, lesionaría a fundamentales derechos, como: la *intimidad* o *privacidad*, el *honor*, el *buen nombre* o la *reputación*, por así ejemplificar; lo mismo que el llamado: *desarrollo equilibrado*, afín a todo lo que refleja especialmente en cuanto a

²³⁰ Juan Carlos Riofrío Martínez “Ley Orgánica de comunicación” ,109.

²³¹ *Ibíd.*

²³² *Ibíd.*

la protección de los niños y adolescentes; o a la *identidad física, psicológica y cultural*,²³³ de cualquier persona o colectivo étnico, cultural, o de género.

Es en esa perspectiva de los principios jurídicos, donde descansará “la existencia y la organización del sistema prestacional,”²³⁴ para que se hagan efectivos los derechos a comunicar, más no los servicios públicos de la comunicación. Pues habrá que indagar inexcusablemente, cómo deberán confluir o contrastar, los caracteres del servicio público aplicados a la lógica de la comunicación.

Así la *continuidad*, como principio, propicia actuar con oportunidad, sin que irrumpa, el derecho a la huelga, por ejemplo, porque el servicio no puede ser desatendido. Su “continuidad fija su *status jurídico*, aunque en muchos casos, la norma o el derecho positivo no lo hayan establecido así.”²³⁵ Tan primordial es esta característica, que incumplirla, equivaldría a violentar los derechos constantes en el marco normativo de lo constitucional y lo legal.

La comunicación será siempre continua, movediza y cambiante; pero no porque se la deba asimilar con un servicio público, sino por razones de su dinámica misma de complejidad, de constante movimiento y transformación.

Otra de las características de soporte doctrinal es la *regularidad*, que parte del hecho de que la prestación pública se gestiona en la forma reglamentaria, como se encuentra tal cual el beneficio instituido constitucionalmente, y la sentencia de la Corte Constitucional, estipula que al Estado le concierne establecer el contexto regulatorio para lograr los objetivos de eficiencia y calidad, que ha previsto el régimen legal.²³⁶ En estos términos: ¿el Estado proveedor del servicio o sus delegatarios, deberán entonces administrarla, de forma reglamentaria? ¿Hasta dónde es posible que se cumpla esta peculiaridad con el servicio público de la comunicación? ¿O será que esta característica asociada doctrinariamente al servicio público, no calza en la comunicación?

²³³ Ver la referencia legal que Juan Carlos Riofrío, en las páginas 110-14, de la obra *Régimen de la Comunicación*, respecto de los principios existentes en la Ley Orgánica de Comunicación, en los artículos 7, 8, 9, y 10; artículos en los que puede encontrarse las distintas limitaciones a estos derechos, para precautelar valores y principios subjetivos de privacidad o relativos a la dignidad humana individual o de grupo.

²³⁴ Dromi, *Derecho Administrativo*, 831.

²³⁵ *Ibíd.* 834.

²³⁶ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 66.

Con esta interpretación, y conforme lo prescribe el artículo 3 de la ley citada, el Estado estará facultado para establecer límites a cuanto información u opinión se produzca, intercambie, difunda o se reciba, por parte de los medios de comunicación, violentando de esta manera el variado conjunto de los derechos constitucionales a la comunicación, especialmente los de libertad de expresión y opinión.

La *universalidad*, como complemento del principio de igualdad, según el fallo citado. Implica “la posibilidad real de que todas las personas accedan a todo tipo de información dentro del marco legal.”²³⁷ La Corte sostiene que el servicio público de la comunicación al fundamentarse en el derecho de la comunicación: humano y constitucional, deberá cubrir las necesidades de sus titulares.²³⁸ Debe ser otorgado al margen de cualquier disposición inequitativa que asegure a todos, “igual tratamiento jurídico y económico, sin efectuar discriminaciones.”²³⁹ Esa es la consigna de una prestación: buscar la igualdad del beneficiario, en todo cuanto suministra la Administración, especialmente en el tema tarifario.

No se puede negar el hecho de que en muchas zonas periféricas, la población se encuentra aislada por ausencia de cobertura comunicacional de todo tipo: vial, fluvial, de tendido de puentes, de telefonía convencional y móvil, o de televisión, radio e internet.

Esa cobertura, tendría como soporte fundamental, la formulación de una labor permanente de políticas públicas en materia de conectividad, promoviendo una integración real de la población, a nivel de territorios, hecho que guarda consecuencia con lo establecido en las disposiciones legales del artículo 11 de la Ley Orgánica de Comunicación, que propugnan la aplicación por parte de las autoridades competentes, de medidas de política pública encaminadas a satisfacer las condiciones de acceso y ejercicio de los derechos a la comunicación en beneficio de personas y agrupaciones en situación de desventaja y desigualdad, estableciendo situaciones óptimas para lograr una real democratización de la propiedad de los medios de comunicación y su acceso efectivo en el uso de frecuencias.

²³⁷ *Ibíd.*, 65.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ Cassagne. *Derecho Administrativo*, 425.

Un asunto apreciable, atesora lo prescrito en el artículo 12 de la indicada ley, que se reseña acerca de las actuaciones de las autoridades públicas, en materia de derechos a la comunicación. Determina que dichos funcionarios de manera progresiva propiciarán las condiciones materiales, políticas y jurídicas, para la creación de medios, afianzando la democratización de su propiedad, con plena participación social para su efectivo acceso a las frecuencias asignadas, tanto para la radio como para la televisión, como para la accesibilidad a las tecnologías de la información.

Puede decirse que estos valiosos presupuestos legales orgánicos, han sido reglados, con la mira puesta en la demanda social, urgente de una transformación real de la comunicación y sobre la base de cómo deben operar en la praxis estos fundamentales derechos, que no han tenido peso y concreción, por ausencia precisamente de decisiones políticas y prácticas democráticas, para dislocar los monopolios del poder fáctico y propender a su democratización, como también al acceso de frecuencias en términos de equidad e igualdad ante la ley.

Es deber moral y ético del medio, moldearse a la exigencia que demanda el usuario, y no subestimar a aquel, con la oferta que le entrega el medio de comunicación. Para ello sería aconsejable desde la lógica de la regulación, espolear a los medios para que se movilicen bajo los presupuestos normativos legales, de la Sección II, sobre los *Derechos de igualdad e interculturalidad*, transcritos en los artículos 33 al 38 de la Ley Orgánica citada, que por cierto guardan apego constitucional y a una propuesta declarativa laudable.

La *generalidad* es otro de los principios, en los que se asienta el fallo de la Corte Constitucional, para identificar el sentido de los servicios públicos, nivelando el beneficio de todas las personas. La Corte se pronuncia en el sentido de que “el servicio público de la comunicación constituye una prestación que debe ser cubierta de forma general y no particular.”²⁴⁰ Es esa en verdad, una característica básica dentro del propósito de un servicio, y estaría por demás defender que debería no particularizársela, puesto que la comunicación es esencialmente pública.

²⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 64.

Hay que reparar aquí, en las distintas herramientas tecnológicas y fórmulas de encuentro comunicacional, que se tienen como dispositivo para ejercer realmente este derecho. La Ley Orgánica de Comunicación, prevé lo descrito en su artículo 4, que esta normativa no regula la información ni tampoco la opinión que se generen por medio de internet; un acierto legal que reconoce la imposibilidad y las limitaciones de los poderes del Estado para regular y controlar el espacio infinito de la comunicación virtual.

La *obligatoriedad*, que tiene que ver con la exigencia por parte del delegatario, para cumplir a cabalidad con el servicio prestado, considerando que de lo que se trata es de solucionar una necesidad, que deviene de un derecho subjetivo del usuario.²⁴¹ Para eso se presupone que fueron instituidas las organizaciones privadas, públicas o comunitarias, conocidas como medios de comunicación, al ser concesionarias de las frecuencias de radio y televisión; es lógico entonces, que cumplan su labor con responsabilidad, pues la responsabilidad no es inexcusablemente contradictoria con la generación de una actividad económica privada; es exigible y no por el mero hecho de que se la califique o no como servicio público.

Sobre la obligatoriedad, la Corte subraya que “se encuentra descrita como una responsabilidad que pesa sobre quien presta el servicio público.”²⁴² Dice también que es un deber jurídico la responsabilidad, de quien presta el servicio público de la comunicación; hacerlo en buenos términos, pues de lo contrario, una mala ejecución del mismo, daría lugar a acciones civiles, administrativas y hasta penales²⁴³ Se postula una medida bastante represiva, que coacciona a tales extremos la actividad de la comunicación.

La *calidad*, que guarda apego a la óptima provisión del bien público, en condiciones que generen satisfacción, tanto de quien demanda como de quien procura. Es verdad que se requiere mejorar la programación audiovisual como también los contenidos y los espacios de opinión pública de la prensa escrita, pero está relativamente ausente el protagonismo social que censure y demande a través de ciertas exigencias incluyentes y valederas, una mejor calidad informativa y comunicacional.

²⁴¹ Dromi, *Derecho Administrativo*, 836.

²⁴² Corte Constitucional, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 63.

²⁴³ *Ibíd.* 64.

En este punto, la Corte Constitucional aclara que será la Administración quien deba regular, planificar, ejecutar, adaptar y controlar el funcionamiento de este servicio público y subsecuentemente, mejorarlo de conformidad con los estándares internacionales de prestación de este servicio, asumiendo que la Constitución proporciona las características que debe tener la información, para que la ciudadanía acceda de manera satisfactoria a este servicio.²⁴⁴ Es evidente que la sentencia está encaminada a que el Estado administre, controle y adapte el ejercicio de los derechos a la comunicación a la conveniencia y a los intereses de quienes ejercen el gobierno, desoyendo a la demanda social de libertad de información y comunicación erigidas como derechos.

Dentro de la *eficiencia*, se dice que quien presta un servicio público, debe mostrar aptitud para ello, y por consiguiente, los intermediarios del servicio deberán entregarlo en términos que satisfaga la necesidad colectiva vigente y obtener así los mejores resultados²⁴⁵ Correspondería inquirir: ¿qué se entiende como eficiencia en la tarea de comunicar? ¿Y en qué se sustentarán los cánones de calidad exigidos? Lo cual resultará ser siempre un esfuerzo vago y problemático, debido a la complejidad que reviste el tema de la comunicación, aspecto que deja una sensación apesadumbrada y hasta deliberada y obsecuente con un lírico anhelo posesivo a alcanzar.

La *uniformidad*, a la que apunta la Corte, según Dromi comprende “el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios.”²⁴⁶ Tiene correspondencia con lo que se señaló respecto del principio de *igualdad*. Aunque también se refiere al trato diferenciado que se debe dar, tanto a individuos como a colectivos, para hacer posible la concreción de la igualdad material.²⁴⁷

La *responsabilidad*, que según el fallo, se deriva del principio de obligatoriedad, para los prestadores, y también para todos los actores, toda vez, que la ley determina responsabilidades en lo administrativo, civil o penal, para quien difunda contenidos

²⁴⁴ Ibíd. 67.

²⁴⁵ Ibíd. 64.

²⁴⁶ Dromi, *Derecho Administrativo*, 835.

²⁴⁷ Corte Constitucional, *Sentencia en el caso ley orgánica de comunicación*, 64.

comunicacionales que transgredan el régimen administrativo de la ley.²⁴⁸ No se prohíbe opinar o expresarse libremente, pero se desaconseja hacerlo, a resultas de la susceptibilidad del poder y de su subjetividad discrepante, que a manera de neo cruzada contemporánea, emular el santo oficio inquisitorial, para ir marcando dentro de los fueros fronterizos de la moral, las líneas imaginarias de lo transgredido, para luego: delatarlo, reprobarlo y condenarlo.

La *accesibilidad*, que según expone la sentencia, constituiría una serie de características, como forjar un entorno, producto o servicio que se encuentren en condiciones de dotar de confort, seguridad e igualdad para todas las personas, con preferencia para aquellas que tengan una discapacidad.²⁴⁹ En el caso de la comunicación, se afirma que se estructuraría, dotando a estas personas con alguna discapacidad, de herramientas tecnológicas y lingüísticas, que les permitan incursionar en la información o comunicación, sin que les cause afectación.

La *subsidiariedad*, que requiere a que se cumpla a cabalidad, con el servicio que se demanda. Si el Estado no tiene el contingente para cubrir un bien asistencial, deberá hacerlo, por intermedio de un particular, quien por disposición de éste, asume tal propósito. Este principio no lo recoge el fallo, a pesar de que la Administración Pública, por sí sola, no cubriría con la finalidad del denominado *servicio público de la comunicación*.

La prestación de un servicio público, no es de exclusividad del Estado, y la razón por la cual, intervienen los particulares, es a razón de su capacidad ingente de recursos y medios de cobertura, enfocados a ese interés general, siempre presente.²⁵⁰

El fallo de la Corte Constitucional, al parecer ha contribuido a hacer visible un descubrimiento excepcional y reciente, de un servicio público nunca antes fue concebido ni imaginado por legislación o Tribunal alguno, pero que ha estado prodigando desde siempre, de elementos de bienestar general a la ciudadanía, ávida de un contexto informativo y comunicacional, sin precedentes; y claro, como existe un Estado tutelar garantista en libertades y derechos, como ha quedado demostrado a través

²⁴⁸ *Ibíd.*, 65.

²⁴⁹ *Ibíd.* 65

²⁵⁰ Esteban Torres Cobo, “La comunicación según la Corte Constitucional del Ecuador”, 26.

del ramaje normativo de la Ley Orgánica de Comunicación, engendrado por preclaros e iluminados hombres y mujeres que desde sus curules no han hecho otra labor que preocuparse por el interés general, asumiendo que la sociedad no está en condiciones de administrar y decidir sobre un derecho fundamental, como es el de la comunicación.

Por tanto han tenido que *desarrollarla* con una doble visión y misión: derecho y servicio público y con mucho pesar, la Corte en su sentencia de constitucionalidad, ha adaptado las disposiciones legales del texto orgánico de la Comunicación, a los principios constitucionales en los que descansan los servicios públicos, para justificar una categorización espuria de la comunicación, entendida como servicio público.

Legislar a fuerza de que una actividad tenga la calidad de servicio público, porque suena convincente o porque la Asamblea está facultada para desarrollar esa derivación, sin otro basamento que el de ejercer un soterrado control en quienes informan y comunican, provocará un efecto discordante con el principio de *discontinuidad legislativa*, principio que resalta que cada legislatura, exterioriza una voluntad democrática diferente y que dicha voluntad se materializa, cuando las iniciativas legislativas que “han pasado por una fase constitutiva caducan cuando el órgano legislativo es disuelto o cuando expira su mandato”.²⁵¹

Los principios que resaltan la naturaleza de los servicios públicos, en opinión de los jueces constitucionales y de los asambleístas, se conjeturan apropiados para aplicarlos a la comunicación, como si por el hecho de declararla como servicio público, merecerá una mayor estimación, en cuanto tiene representación como derecho.

3.2. Justificaciones doctrinarias que niegan a la comunicación como servicio público.

Con mucha claridad, Juan Carlos Cassagne y Gaspar Ariño Ortiz, manifiestan que “la regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye.”²⁵² Tiene tanta resonancia esto, cuando determinadas prácticas monopólicas concentradas suscitan desajustes e imperfecciones en la libre

²⁵¹ *Ibíd.*, 30

²⁵² Cassagne y Ariño, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, 22.

competencia del mercado, encontrando en esto la Administración, motivos para intervenir, puesto que es el bien colectivo el que se persigue y debe protegerse.

Regular no quiere decir cerrar el camino del fomento de una labor, es direccionar los mejores esfuerzos hacia una mayor y mejor consecución productiva, para lograr mejores y mayores retribuciones, tanto para quienes emprenden en la acción y aseguran la prestación, como para quienes simplemente, son beneficiarios de dicha prestación, configurándose de tal forma la inversión y el riesgo.

Juan Carlos Riofrío, sostiene con acierto que no puede exigirse a las noticias de primera hora, “la misma objetividad, precisión, relevancia, etc. que a las que se publican una semana después de los eventos, cuando los periodistas han tenido suficiente tiempo para hacer mayores averiguaciones.”²⁵³

No se debería tampoco haber declarado a la comunicación como un servicio público, sin haber analizado que esa delimitación administrativa y restricción impuesta al ejercicio de las libertades, se asuma disonantemente como “necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos.”²⁵⁴ O sin haber hecho expresas consideraciones y reconvenciones, como aquellas de que “los gobiernos suelen tener poca confianza en el mercado y en la competencia (que ellos no dominan), y mucha vanidad y un cierto espíritu mesiánico respecto de sí mismos.”²⁵⁵

Cuenta más la diatriba de demoler el pasado con el proyecto presente, que reconstruir el presente desde la perspectiva de lo que el pasado abandonó. Esa es la ilusión redentora gubernamental con tendencias fútiles, de querer cambiar ficticiamente a la realidad.

Riofrío sugiere que cuando prescribe el texto del artículo 5 de la Ley Orgánica de Comunicación, “no se ha de entender como ‘servicio de derecho público’, sino como ‘servicio abierto al público’, o de ‘interés general’”.²⁵⁶ Este supuesto tiene mucha consistencia argumentativa, a fuerza de sostener que el precepto tiene otra

²⁵³ Riofrío. *Régimen de la comunicación*, 126-27.

²⁵⁴ Cassagne y Ariño, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, 22.

²⁵⁵ *Ibíd.* 23.

²⁵⁶ Riofrío. *Régimen de la comunicación*, 98- 9.

conceptualización, que difiere abiertamente de una declaratoria arbitraria que involucra a la Administración, con los prestadores improprios del servicio público debido a que “el Estado no concede a los particulares el derecho a informar, sino que sólo lo reconoce y procura protegerlo”.²⁵⁷

Cuando en la coyuntura moderna de la transformación de los servicios públicos, se ha recurrido a la subsidiariedad como principio para gestionar un proyecto, por medio de la competencia en el libre mercado, en materia de derechos esenciales, habría que analizar hasta qué punto dentro de lo que concierne a la comunicación, el Estado ecuatoriano ha motivado jurídica y razonablemente la concesión del servicio público de la comunicación, a las organizaciones privadas, públicas o comunitarias, conocidas generalmente como medios de comunicación; para así p.ej. contrarrestar los efectos perniciosos monopólicos u oligopólicos de esta actividad, que supuestamente han estado vulnerando los derechos de los beneficiarios y que han distorsionado el libre mercado.

Conocido es, que el Estado otorgó la concesión del servicio del espectro radioeléctrico a los medios de comunicación. Se presumiría que ha cumplido con el prestador indirecto, al “transferirle el ejercicio de las potestades o prerrogativas públicas inherentes al servicio en cuestión,”²⁵⁸ o es que solamente las prerrogativas y las potestades las conserva el Estado, quien dispuso respecto de la comunicación a su antojo, una *dimensión doble* como señala el fallo de la Corte, sobre que los medios de comunicación, son a la vez: titulares del derecho y prestadores del servicio público de la comunicación; asunto discordante que supone decir que como personas jurídicas, se encuentran en el plano de *beneficiados* de una prestación pública que ellos suministran, y *beneficiadores* o *proveedores* de la misma, al actuar como delegatarios del Estado.

Es sin lugar a dudas un caso inédito y que sienta un inadecuado precedente jurisprudencial producido por la Corte, argumentando que la doble calidad no se contradice. Y como si esto fuera poco, estas personas jurídicas (medios de comunicación) tendrán el mismo tratamiento que tienen las personas naturales o los colectivos humanos, dentro de lo que corresponde a la resguardo de sus derechos a la comunicación, información y a la libertad de expresión.

²⁵⁷ Ibid. 99.

²⁵⁸ Dromi, *Derecho Administrativo*, 843.

La comunicación no tiene una significación que la proyecte como servicio público, cuya regencia jurídica y exclusividad corresponde al Estado “que concede a los particulares sino como un ‘servicio abierto al público’ del cual el primer titular es la persona natural.”²⁵⁹ La diferenciación es evidente, no se niega que se trate de un servicio, pero sí se enfatiza en que sea: un servicio accesible, no cercado, inteligible y viable a toda persona que lo utilice.

Cabe aquí destacar lo que Gilles Guglielmi ironiza respecto de esta conceptualización urdida de la prestación pública y muy controvertida dentro del derecho administrativo. Considera que “el servicio público sigue siendo casi todos los días una sorpresa, y por lo general no de las más agradables.”²⁶⁰

Es probable que se diga que los servicios comunicativos, estuvieron monopolizados por los medios de comunicación privados y que por razones del bien común, el Estado tuvo que intervenir y promover por medio de una legislación, el impulso para el surgimiento de medios de comunicación públicos y comunitarios con acceso a frecuencias, en igualdad de condiciones. Pero no se ha dispuesto tampoco, que la comunicación sea desplegada de manera directa, como un servicio público, por parte de una empresa estatal pública de comunicaciones o de un ente público estatal.

Tradicionalmente la actividad periodística al igual que la expresión libre, han constituido un servicio social, no tendría por qué desvirtuarse ahora tal apreciación y sustituirla por una anacrónica idea, de un servicio público tal cual expresa la Ley Orgánica de Comunicación.²⁶¹ Y esto, porque la Constitución de la República concibe a la comunicación, como un derecho con rango constitucional y no le concede en sus preceptos, el tratamiento como servicio público, lo que ya es motivo de cuestionamiento, que una normativa legal subvierta el contenido de la Constitución y perturbe esa calidad de derecho constitucional, como legítimamente corresponde al derecho a comunicar.

²⁵⁹ Riofrío. *Régimen de la comunicación*, 229.

²⁶⁰ Gilles Guglielmi, *Gestión privada de los servicios públicos*, María Valeria Battista, trad., (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1ª ed., 2004), 61.

²⁶¹ Riofrío. *Régimen de la comunicación*, 229.

Se certificaría adicionalmente, que las disposiciones legales de los artículos 5, 71 y 84 de la Ley Orgánica de Comunicación, desfiguran a la comunicación al tallarla como bien y servicio público, porque su manifestación preceptiva al tenor de esta declaratoria, lejos de proyectar un implícito protectivo y garantista consecuente con la dinámica comunicacional, yerra y se anula en su propia prédica, tal como dice Dromi con sobrada razón que: “lo que se persigue es proteger jurídicamente al bien afectado al servicio para evitar que éste deje de ser prestado.”²⁶²

Pero no es ese el sentido de tal enunciación normativa legal, puesto que la comunicación etiquetada o no como servicio público, seguirá vigente en su textura originaria, por lo que no tendrían acogida estas disposiciones legales, debido a que ésta constituye indeclinablemente un proceso abierto y participativo, “proceso sin el cual no es posible la comprensión de las nuevas interacciones que se dan en la red y en lo social.”²⁶³

Es importante señalar además, que con el indetenible avance de las innovaciones tecnológicas de la comunicación, que se encuentran en permanente transformación dará lugar a que en un futuro próximo, pueda fondear en un pretendido regresivo tal declaratoria legislativa, de calificar como prestación pública a la comunicación; por tanto, este tipo de prestaciones obligatorias desaparecerá sin más de este régimen jurídico.²⁶⁴ Habrá sido un vano intento estatal de pretender adjudicarse el control y la regulación de una ocupación, que no solamente integra lo que centellea fronteras adentro de una territorialidad estatal, sino que las rebasa, hasta convertirse en un fenómeno global.

No es disparatado resaltar, lo que destaca Guglielmi, acerca de la necesidad de adecuar elementos como: gobernabilidad política, sustentabilidad y equidad, así como las pretensiones y demandas de los distintos actores, para encaminar correctamente a las políticas públicas.²⁶⁵ No se trata de ningún modo de un nuevo descubrimiento teórico o de una fórmula asombrosa de preparación del terreno para la siembra, se trata solamente de un esfuerzo participativo y por qué no decirlo, argumentativo en el ámbito del

²⁶² Dromi, *Derecho Administrativo*, 843.

²⁶³ Botero Montoya y Galvis Ortiz, *Comunicación pública: una opción para la democracia*, 21.

²⁶⁴ Cassagne y Ariño, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, 63.

²⁶⁵ Guglielmi, *Gestión privada de los servicios públicos*, 62.

derecho administrativo, “recomendable de consenso, comunicación y diálogo para que todos comprendan la medida de la responsabilidad pública comprometida con la suerte de los servicios públicos.”²⁶⁶

La aquiescencia de algunas tareas como servicios públicos, no deja de causar controversia, precisamente porque como en el caso de la comunicación, “no configuran servicios públicos, sino actividades de interés público, sometidas a una reglamentación más intensa que las meras actividades privadas, en razón de que también satisfacen necesidades colectivas,”²⁶⁷ interés que revela una operación, que no es condición sustancial para que se la remarque como servicio público. Representa únicamente lo dicho en cuanto a ese beneficio; y resulta coherente en otra medida que el poder discrecional que posee el Estado para conceder una autorización, ha de originarse, “sin violar los límites sustanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales la adecuación o compatibilidad con el interés público o bien común.”²⁶⁸

El público que recibe varios tipos de información, no busca que la estación comunicativa estatal p.ej. le muestre lo relevante de ciertas obras ejecutadas dentro del programa de gobierno, necesita de la información a plenitud, de cuanto se hizo con el fruto de sus contribuciones en su localidad, para poder de esta manera tener elementos para fiscalizar e influir en las decisiones públicas. Entonces se precisa, no de una información unidireccional, sino de una información pluralista y multidireccional.

Héctor Faúndez Ledesma, rescata el hecho de que la gente participa y siente afectividad por la información que recibe, lo mismo que por las opiniones ajenas que se difunden; por eso resalta tomando como punto de partida, la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basada en los artículos 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “no sería admisible que sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se construyeran monopolios públicos o

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Cassagne. *Derecho Administrativo*, 429.

²⁶⁸ *Ibíd.* 455.

privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.”²⁶⁹

Sería un tema comprometido, si tras la declaratoria de la comunicación como servicio público, se intentara consumir una sola línea de construcción del pensamiento y de la opinión. Es imprescindible forjar “una metodología eficaz de simplificación, cognición, subsanación, integración y comunicación del ordenamiento regulatorio del servicio público para alcanzar un diálogo democrático.”²⁷⁰ Esto implicaría repensar y hacer efectiva la garantía de la libertad de expresión, noción que si bien se encuentra garantizada en la Constitución de la República, deja en cambio a la política pública, vías para inmiscuirse en la información, actividad que carece del suficiente resguardo que la primera, ya que “la libertad de información no ha tenido la misma fortuna y no siempre se encuentra expresamente reconocida por el Derecho interno estatal.”²⁷¹

En el caso nuestro, el derecho a informar se encuentra garantizado, al igual que la libre expresión y opinión en los términos reglados que preceptúa el artículo 18 de la Carta Suprema, lo que no impide desde luego, que en el mismo texto constitucional se la regule en cuanto a la prevalencia de contenidos, tal como lo dispone el artículo 19 de la Constitución con el objeto de tutelar otros derechos. Resulta innegable sí, que la información pueda ser maquinada por el poder público, dejando latente la posibilidad abierta de que sea controlada.

Si consideramos el increíble progreso que han tenido las tecnologías informativas y comunicacionales, como ya se indicó anteriormente, del mismo modo que la ciencia y sus revolucionarios descubrimientos, eventualidades que colisionan con los poderes públicos, que no siempre pueden determinar qué es lo más conveniente para trasladar como beneficios a favor de la ciudadanía.

El derecho en idéntica situación, con su amplia expresión comunicativa, jurídica y doctrinaria, también ha desarrollado límites a esos poderes, germinando movilización de los mismos favor del finalismo colectivo, como propendiendo a su racionalización,

²⁶⁹ Faúndez. *Los límites de la Libertad de Expresión*, 395.

²⁷⁰ Gugliemi, *Gestión privada de los servicios públicos*, 33.

²⁷¹ Faúndez, *Los límites de la libertad de expresión*, 397.

con el propósito de evitar excesivos abusos o arbitrarias prerrogativas o posiciones no éticas, de las que no estarían exentas las tecnologías de la comunicación e información.

De ahí la necesidad de remitirse a principios jurídicos de interpretación, que tengan en cuenta siempre que las “circunstancias reales, las necesidades sociales y las innovaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes.”²⁷²

Y si a las nuevas irrupciones de la tecnología de las comunicaciones y de la información nos atenemos, podríamos decir es tan diverso el imaginario penetrado por los nuevos derechos, que para su tutela probablemente la declaratoria como servicio público, sea endeble e insuficiente, a causa de que “el camino para la incorporación a los textos constitucionales de estos nuevos derechos nunca es fácil ni rápido,”²⁷³ porque tal como lo advierte Cassagne, que para configurar una actividad prestataria, “se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual.”²⁷⁴

Quedan pues, demasiadas dudas para colegir que la comunicación que generalmente tiene aristas virtuales, pueda ser catalogada a la manera de un servicio público, limitado éste, únicamente a la gestión prestada por los medios de comunicación audiovisuales y de la prensa escrita, pero con muchas deficiencias y dificultades al momento de ensayar una cobertura electrónica-virtual.

¿Será que el interés legislativo, en función de esa declaratoria, ha previsto proteger al catálogo informático de los nuevos derechos? Evidenciamos ahora, con meridiana claridad, que han emergido a la luz del espectro virtual, tantas expectativas sociales a erigirse como: el derecho al anonimato, el derecho al olvido, el de autodeterminación informativa, el derecho a la libertad informática,²⁷⁵ y muchos más.

²⁷² Cassagne y Ariño, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, 64.

²⁷³ Orza Linares, *Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y nuevos derechos fundamentales*, 254.

²⁷⁴ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 495.

²⁷⁵ Justamente Ramón Orza Linares, en su ensayo: “Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y nuevos derechos fundamentales”, (251-85) pone de relieve las llamadas *mutaciones* constitucionales, a las que se remitía Jellinek, y que tiene que ver, con el continuo y variado alcance de la legislación internacional de los derechos humanos, y por el progresivo adelanto de las tecnologías comunicativas y de la información, con respecto al posicionamiento de nuevos derechos, poco tratados, delimitados y garantizados en las constituciones rígidas; derechos fundamentales a los que forzosamente, habría que incluirlos.

Se entiende entonces que “la Constitución incluye un catálogo inacabado, que ha de ser completado si otros derechos reclaman, con exigencias razonables, la tutela constitucional.”²⁷⁶

La información ha cobrado gran importancia, a modo de derecho de las personas, dentro de cuanto comprende recibir, buscar y difundir ideas y contenidos; pretensión corriente en una sociedad democrática y deliberante, que sitúa reparos a algo que podría considerarse como un acceso reservado de los gobiernos, que se apropian de lo que revestiría ser “información sobre asuntos de interés público para un círculo íntimo que administra el Estado como un feudo privado.”²⁷⁷ ¿Cómo lograr que se transparente esa transcendental información, si la declaratoria de servicio público, quebranta la tarea de los medios de información? ¿Cómo puede la sociedad ser participativa e influir en las disquisiciones a decidir, si se dirige y controla cuanto se debe informar?

De ahí que se postule que los derechos fundamentales, reaparezcan acompañados de una buena dosis de axiología administrativa, exigibilidad y materialidad, a fuerza de que se encuentren en condiciones de limitar “las inmunidades e impunidades del poder.”²⁷⁸

En ese segmento figurará en gran medida, la actividad de los juzgadores que tienen como primordial deber, el de administrar justicia, entendida ésta como la potestad que no deriva ya del poder estatal, sino del *pueblo*, como atribuye el artículo 167 de la Norma Fundamental, pues en la creciente de este cauce se deberán “regular las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes,”²⁷⁹ generando mayor presencia del derecho y rompiendo con aquella imperfección legislativa, en función de una “axiología de la verdad;”²⁸⁰ puesto que es el

²⁷⁶ Orza Linares, Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y nuevos derechos fundamentales, 255.

²⁷⁷ Faúndez, *Los límites de la libertad de expresión*, 399.

²⁷⁸ Gugliemi, *Gestión privada de los servicios públicos*, 47.

²⁷⁹ Luigi Ferrajoli. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 33.

²⁸⁰ Gugliemi, *Gestión privada de los servicios públicos*, 47.

acto normativo el que ha modelado la sustancia del derecho a la comunicación y ha creído provechoso darle una adjetivación de servicio público.²⁸¹

De este modo, en el servicio público la organización social brinda algo de lo que se carece y que es necesario.”²⁸² Probablemente existió una carencia primordial y extrema en materia de comunicación y sus derechos vinculados, que hizo que un determinado sector de asambleístas decidiera unánimemente que era preciso dimensionar doblemente a la comunicación, bajo la impronta de un derecho fundamental y un servicio público.

Se sospecha que hubo a lo mejor, una demanda social que estuvo activándose indeleblemente, frente a formas autoritarias del ejercicio del poder, que de manera espontánea fueron potenciándose y legitimándose en las calles, trasladando a ellas el debate público y a su vez, comunicando con el griterío de la protesta, su derecho irreverente a expresarse como una suerte de “insurgencias en lo público,”²⁸³

Tal vez, obviaron analizar que para dar validez a una ley, no solamente cuenta el elemento discursivo, sino también la circunspección para intuir que no solamente esos medios de “formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también su sustancia, esto es, sus significados o contenidos, sean coherentes con las normas constitucionales que disciplinan su producción.”²⁸⁴

Seguramente tiene poca consecuencia en los asambleístas, la necesidad de acrisolar por medio del debate político ampliado, la cosificación de un módulo “que permita al ciudadano retener una cuota de control sobre el gobierno y emitir su opinión sobre la conducción de los asuntos públicos.”²⁸⁵

Tarde o temprano, la formulación de una legislación determinada, podrá evidenciar el error de su concepción porque si “se atribuye la calidad de servicio público a una actividad que no puede revestir tal condición, nada obstará la facultad que poseen los jueces para desconocer su configuración, mediante la interpretación del

²⁸¹ Riofrío, *Régimen de la Comunicación*, 230.

²⁸² Dromi, *Derecho Administrativo*, 826.

²⁸³ Marco Navas “Constitución y teorías de la democracia: una aproximación desde los derechos a la comunicación”, 174.

²⁸⁴ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 34.

²⁸⁵ Faúndez, *Los límites de la libertad de expresión*, 402.

ordenamiento positivo y de los principios generales del Derecho Administrativo.”²⁸⁶
¿Quedaría diferida esta propuesta axiomática en los propios juzgadores?

Lo cierto es, que “el derecho a la comunicación, a la información, a la libertad de expresión, de pensamiento, de opinión, etc. no son servicios públicos que brinda el Estado, sino derechos subjetivos, derechos naturales, humanos y constitucionales que cada individuo tiene.”²⁸⁷ Los derechos a la comunicación, no tienen otra expresión que no sea la concernida a dicha especificación. Tienen una acepción ajena al rudimento de una prestación pública, de ahí que se encuentren de ellas disociados. Es verdad que sirven como medios para desarrollar otros derechos, pero bajo esa auténtica categorización en cuanto a derechos, desestimándose en consecuencia, el equívoco poco cadencioso de su contextualización, tanto en su sustancia como en su esencialidad.

3.3. Conclusiones.

La comunicación es la expresión viva de la convivencia humana dialogante. Su móvil dialógico y deliberante de la expresión, la opinión y la información, construyen y dan efusión al sentido de la palabra, puesto que comunicar es intercambiar e interrelacionarse, elementos que solamente pueden ejecutarse en la arena del espacio público de la democracia.

Los derechos a la comunicación, apuntan a la articulación de otros fundamentales derechos, que de forma recurrente, auspician la realización de nuevos presupuestos de convivencia y tolerancia, bajo los emplazamientos del pluralismo, la participación social y la deliberación pública, dentro del espacio que corresponde a todos, porque es público y deliberante.

El derecho como la política, son el mejor escenario para la elaboración de las ideas democráticas; la forma como se concibe al primero, determinará el sentido que deberá fortalecerse a la democracia, estimular a los sentires inclusivos en la cultura, en la diferenciación y en la unidad que se robustece de la diversidad.

La información permanente y continua, deviene en una virtual realidad que el medio de comunicación procesa y mediatiza, trasladando a una frontera difusa: lo real y

²⁸⁶ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 406.

²⁸⁷ Riofrío, *Régimen de la comunicación*, 229.

lo virtual. El pensamiento homologado y dirigido, es el nuevo producto masificado que se revierte en un interés comunicacional, repetitivo y alienante, que relega al sujeto a la condición de utilitario consumista.

La libertad de expresión, el derecho a opinar o a disentir, circunda en aproximarse al relativismo de su proclama. Se los eleva desde todas las instancias institucionales, en los planteamientos y en las tesis políticas de variada índole; no obstante su materialización exige esfuerzos consensuados y conjuntos para concederles plena realización, así como una emergente necesidad pluralista y de autonomía social.

La inusitada eclosión de los medios de comunicación, se ha instituido en el puente integrador de la opinión, en la agrupación de una localidad, de sus usuarios y en la expresión diversificada, eventualidad, que ha compactado a la cosmovisión humana, individualizando los comportamientos, como masificando la información. Se informa con la misma versatilidad, que lo que se desinforma. Esta singularidad ha hecho que los medios de comunicación se conviertan en un fenómeno global, de grandes proporciones.

La superficialidad en el tratamiento de la información pública, la escasa esencialidad de los contenidos mediáticos, la manipulación de las conciencias y la desinformación, ha originado la movilización en los usuarios-consumidores, dentro de la dinámica de la mercantilización de los mensajes, para formular el reconocimiento de la comunicación como derecho fundamental. Es en este contexto, cuando irrumpe la necesidad estatal, de postular la alternativa comunicacional e informativa, a través de los medios públicos y comunitarios.

El derecho a la comunicación, encuentra legitimidad en su contenido en cuanto a derecho humano fundamental, puesto que la esfera de su desarrollo es el espacio público, dialogante y comunicante, dentro de las interrelaciones sociales. Dentro de esta apreciación, tanto la lógica política como pública, se articulan, a razón de que el la existencia de la democracia y las formas de expresión y opinión, se construyen y reconstruyen, en el imaginario social de lo público.

La calificación como actividad de servicio público, dada a la comunicación, mediante ley, demuestra ser una declaratoria espuria, apresurada, endeble e infundada,

puesto que las conceptualizaciones doctrinarias del derecho administrativo, evidencian las características cardinales de su configuración, así como condiciones técnicas de materialidad y sustanciales, para formular una declaratoria, sin que ocasione inconvenientes en su adaptación como repercusiones negativas para los usuarios.

Concebir a la comunicación como un servicio público, a través de un acto normativo, como consecuencia de una facultad delegada del constituyente, refleja una transgresión de la normativa constitucional, a instancias de que la Suprema Ley, no integra dentro de sus preceptos normativos constitucionales a esta actividad como un servicio público.

La motivación que la Corte Constitucional emite a través de su fallo, evidencia el carácter dual de la comunicación, tanto como derecho humano fundamental, como prestación pública, asociando tal disposición al fallo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, que referencia que en cuanto compete a este recurso, la instancia constitucional ha fallado con esa acreditación bidimensional, puesto que el Estado ha instaurado la base infraestructural de su traslado y canalización; pero también paraleliza el hecho, de que el agua y su acceso, constituye también un derecho humano esencial que promueve otros derechos.

Existen argumentaciones que reconviene lo resuelto en esta sentencia constitucional en mención, toda vez que la relación en cuanto a su prestación, difiere en ambos casos. Nótese que también existen otros derechos fundamentales, como: el derecho a una vivienda digna o a la seguridad alimentaria, o los derechos a la cultura sin que por ello, tenga que declararse a los constructores, o a los dueños de los establecimientos de expendio de víveres y a los artistas e intelectuales, como prestatarios impropios de esos servicios públicos.

Se precisa señalar que los derechos a la comunicación, son intrínsecos al obrar humano, a través de los cuales, la humanidad se redefine en su dinámica integral de la participación y en el ejercicio de la fiscalización a los poderes públicos, para a través de la información y la deliberación pública, incidir en los procesos sociales de rendición de cuentas y en la toma de decisiones.

La comunicación entendida como un servicio público, pierde bases de fundamentación, cuando los excesos de la discrecionalidad administrativa, al igual que la interpretación extensiva, diseñada por la Legislatura, como por el fallo emitido por la Corte Constitucional, se oponen principalmente a los postulados doctrinarios y normativas técnicas constantes en el derecho administrativo, como se ha podido demostrar en este trabajo; hecho que fuerza a los juzgadores a reformular cuanto antes, su esclarecido trabajo jurisprudencial, en virtud de cuanto demande la necesidad colectiva y primera mandante soberana, cimentada en presupuestos filosófico-axiológicos de los principios y valores doctrinarios administrativos, como en las fuentes referenciales del constitucionalismo; esfuerzos que con seguridad harán practicable el interés público, fuera de cualquier coyuntura o moda ideológica, de proyectos gubernamentales.

Bibliografía.

- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés, trad., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 5ª reimpresión, 2010.
- Barbarosch, Eduardo, *Teorías de la Justicia y la metaética contemporánea*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones- Facultad de Derecho, UBA, 2013.
- Barbero Jesús Martín, *De los medios a las mediaciones: comunicación, cultura y hegemonía*, http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/de_los_medios_a_las_mediaciones.pdf.
- “Comunicación y ciudad, sensibilidades, paradigmas y escenarios”. En Fabio Giraldo y Fernando Viviescas, comp. *Pensar la ciudad*, 45-68. Bogotá: Edit. Tercer Mundo, 1996.
- Bobbio, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, José Fernández Santillán, trad. México: Fondo de Cultura Económica, 5ª reimpresión, 2008.
- Borderia Ortiz, Enric, Antonio Laguna Platero, y Francesc Andreu Martínez Gallego. *Historia de la Comunicación Social. Voces, Registros y Conciencias*, Madrid: Síntesis, 1998.
- Botero, Catalina. “Libertad de Expresión y Radiodifusión”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, 193-41. Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

- Botero Luis Horacio y Galvis Carlos Alberto. *Comunicación Pública: una opción para la democracia*, 2a edición, Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2014.
- Bremer, Juan José. *El Fin de la Guerra Fría y el salvaje mundo nuevo*, Ediciones Generales. México: Santillana, 2006.
- Buzzato, César, “Responsabilidad social en el poder público. Un camino para la democracia”. En Bernardo Kligberg, comp., *La agenda pendiente para América Latina*, 239-49. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica Argentina, 2005.
- Cabrera Rodríguez, Carlos y Lisbet Sam Morales, “Acotando el Fenómeno de la participación”. En Guillermo González Orquera y Yuri Pérez Martínez, Coord., *Participación Política Reflexiones desde el Sur*, Tomo I, 11-41. Quito, Tribunal Contencioso Electoral y Universidad de La Habana, 2014.
- Carbonell, Miguel. *Desafíos a la Libertad en el Siglo XXI*, Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2011.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos y Gaspar Ariño Ortiz, *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005
- Casal Hernández, Jesús María “Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández, 2002
- Cerbino Mauro “Medios de Comunicación, sociedad y cultura”
http://www.flacsoandes.edu.ec/comunicacion/aaa/imagenes/publicaciones/pub_169.pdf. Consulta: 22/07/2015.

- Chávez, David “Las máscaras del poder”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Edit., *Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, 367-77. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.
- Chirino Sánchez, Alfredo “Libertad de Expresión y Ley Penal”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, 117-40. Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.
- Córdova, Holger, *Derechos sin Poder Popular*, Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos, 2013.
- Cormick, Hugo “Juventud, consumos culturales y universidad”. En Roberto Marafioti, edit., y otros, *Culturas nómadas: juventud, culturas masivas y educación*, 83-140. Buenos Aires: 2ª edición, Ed. Biblos, 1996.
- Dávila, Luis. “Alcances y límites de la radio”. En En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, edit., 463-72. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.
- De Moragas, Miquel. *Teorías de la Comunicación*, México: Ed. Gustavo Gilli, 1991.
- Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª ed., vol. 2. Madrid: ESPASA 2001.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 11ª edición Editorial Ciudad Argentina, 2006.
- Escobar, Raquel. “Comunicación y protesta urbana”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores, *Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, 403-23. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.
- Estefanía, Joaquín. *La mano invisible: El gobierno del mundo*, Madrid: Punto de Lectura, 2006.

Faúndez Ledesma, Héctor. “Los Límites de la Libertad de Expresión”. En Héctor Faúndez Ledesma y René Molina Galicia, Coord. *Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio*, 377-492. Barquisimeto: 1ª. Edición, Tipografía Litografía Horizonte, 2000.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Andrea Geppi, trad. Madrid: 2ª ed., Ed Trotta, 2009.

————— *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Perfecto Andrés Ibáñez, trad., 2ª edición, Madrid: Ed. Trotta, 2011

————— *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia*, Volumen I, Madrid: Ed. Trotta, 2011

Fox, Elizabeth “Las políticas de los mass-media en Latinoamérica”. En Elizabeth Fox Edit., *Medios de Comunicación y Política en América Latina*. 19-54. México: Ediciones G. GILI, S.A.

García, Julián *Entre derechos y deberes: el deber de solidaridad en el Estado constitucional*, Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012.

García, Sergio y Alejandra Gonza, “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/docs/libertad-expresion.pdf>.

Gargarella, Roberto. “Constitucionalismo y Libertad de Expresión”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, 31-61. Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

Garrido Andrés, medios de comunicación comunitarios y alternativos: la transformación social imposible? <http://andresgarrido.com/wp-content/uploads/2012/10/Medios-alternativos-y-comunitarios-%C2%BFLa-transformaci%C3%B3n-social-imposible-A.-Garrido.pdf>.

Guglielmi, Gilles. *Gestión Privada de los Servicios Público*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

La Rue, Frank. “Libertad de Expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables”. En María Paz Ávila Ordoñez, edit., y otros, *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*, 243-52. Quito: Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

Laso, José. “Pensar hoy en el Poder y los medios”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores, *Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, 85-9. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.

López, Julián Daniel y Lina María García. “La Obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos en Colombia”. En Javier Celis Gómez, coord., *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, tomo VI, Bogotá: TEMIS., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010.

Loreti, Damián y Lozano, Luis. *El derecho a comunicar: Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporánea*, 1ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2014.

Mattelart, Armand. *Por una mirada-mundo. Comunicación*. Barcelona: Ed., Gedisa, 2014.

Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Publicaciones, 2002.

Montaner, Carlos Alberto. “El miedo a la información. Comunicación, Tecnología y Sociedad. La Democracia en la era de los medios interactivos.” En Carina Perelli y otros Comp. *Partidos y Clase Política en América Latina en los 90*”, 493-501. San José: IIDH-CAPEL 2002

————— “La Sociedad tolerante y la Libertad de Expresión”. En Gabriel Nieto Montoya, Coord. 85-99. *El rol de los medios de comunicación, en el proceso de transición y consolidación democrática en América Latina*, 2ª edición, Quito: Ed. Nueva Época, 1993.

Montúfar, César. “La palabra abierta contra el silencio. Una crítica al monopolio del uso de la palabra en el Ecuador”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores, *Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, 378-81. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.

Monzón, Cándido. *Opinión Pública, Comunicación y Política*. Madrid: Tecnos, 1996.

Navas Alvear, Marco. *Los derechos de la comunicación*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, 2005.

————— “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano,” 2011. En María Paz Ávila Ordóñez, edit., y otros. *Libertad de Expresión: debates alcances y nueva agenda*, 97-16. Quito: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011.

————— “Constitución y Teorías de la Democracia. Una aproximación desde los derechos a la Comunicación”. En Ramiro Ávila Santamaría, comp. *Estado, Derecho y Justicia*. 173-95. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.

————— “El derecho a fiscalizar los actos del poder público en la Constitución ecuatoriana”. En “Guillermo González Orquera y Yuri Pérez Martínez, coords, tomo 2, *Participación Política Reflexiones desde el Sur*, 3-31. Quito: Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2014.

————— “La percepción jurídica del fenómeno comunicativo, una aproximación desde las instituciones constitucionales”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, Editores,. *Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, 427-53. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2001.

Orza Linares, Ramón. “Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y nuevos derechos fundamentales”. En Javier Celis Gómez, Coord. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, tomo VI, 251-85. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, (2010) 257.

Pérez Luño, Antonio Enrique *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

Rawls John, *Teorías de la justicia*, María dolores González, trad., 10a reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

Ricaurte, César. “Posmodernidad y comunicación: posibilidades, límites y experimentaciones”. En Iván Rodrigo Mendizábal y Leonela Cucurella, edit., *Comunicación en el tercer milenio: nuevos escenarios y tendencias*.90-101. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2001.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. “*Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*”. En Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, Edit. *Régimen de la Comunicación*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Salgado Jácome Pablo. “008, con licencia para beber”, <http://eltelegrafo.com.ec/opinion/columnistas/item/008-con-licencia-para-beber.html>.

- Sieckmann, Jan. “Derechos Humanos y Autonomía”. En Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico, Directores *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires: Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012.
- Storini, Claudia y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*, Publicación No. 3. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2014.
- Torres Cobo, Esteban. “La Comunicación según la Corte Constitucional del Ecuador”. En Luis Fernando Torres, edit., *Debate Constitucional con Jurisprudencia*, 11-31. Quito, Editora jurídica Cevallos, 2015.
- Ulibarri, Eduardo, “Entre la libertad de información y la manipulación. El delicado manejo de la información pública”. En Carina Perelli y otros. comp., *Partidos y Clase Política en América Latina en los 90*. 477-91. San José: IIDH-CAPEL, 2002.
- Zaidan, Salim. “El propósito del Ciclo de debates De Técnicas de Litigio en Derechos Humanos y la importancia de los temas abordados”. En Salim Zaidan Edit., *IV Ciclo de Debates: Técnicas de Litigio en DDHH, Neo constitucionalismo, Libertad de Opinión y Derecho a la Honra*, Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2012.

Fuentes Normativas

- Asamblea Nacional del Ecuador, trámite de la solicitud de enmienda constitucional
<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/archivos-sobre-enmienda-constitucional>.
- Asamblea Nacional del Ecuador, dictamen enmiendas constitucionales.
<http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional>

/filesasambleanacionalnameuid-28/DICTAMEN20ENMIENDAS%20001-14-DRC-CC.pdf.

Código Orgánico Integral Penal Quito: Editora Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

Constitución de la República, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador publicada en el Registro Oficial. N° 449 de 20/10/2008.

Convención Americana de Derechos Humanos https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Ley Orgánica de Comunicación, Quito: Editora Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información pública, Quito: Editora Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

Jurisprudencia.

Nacional.

Corte Constitucional del Ecuador sentencia N° 003-14SIN-CC, dictada dentro del caso N° 0014-13-IN y otros acumulados, publicada en el Registro Oficial No. 346, Segundo Suplemento de 2 Octubre de 2014.

Internacional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Canese vs Paraguay. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 31/08/2004. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs Panamá. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 27/01/2009. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ríos y otros vs Venezuela. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 28/01/2009. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ulloa vs Costa Rica. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 2/07/2004. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.